



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
POSGRAP - PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
COPGD – COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRODIR- PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

ÊMILLE LAÍS DE OLIVEIRA MATOS

A INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA COMO REFLEXO DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO GARANTISTA: UMA ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE
EMENDA À CONSTITUIÇÃO QUE VISAM À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

São Cristóvão

2018



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
POSGRAP - PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
COPGD – COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRODIR - PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

A INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA COMO REFLEXO DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO GARANTISTA: UMA ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE
EMENDA À CONSTITUIÇÃO QUE VISAM A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PRODIR, da Universidade Federal de Sergipe, como parte dos requisitos para conclusão do curso de Mestrado em Direito.
Área de Concentração: Constitucionalização do Direito
Linha de Pesquisa: Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações sociais

ÊMILLE LAÍS DE OLIVEIRA MATOS
Orientadora: KARYNA BATISTA SPOSATO

São Cristóvão
2018

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

M433i Matos, Êmille Laís de Oliveira
A imputabilidade penal etária como reflexo da
constitucionalização garantista : uma análise das propostas de
emenda à Constituição que visam à redução da maioria penal.
/ Êmille Laís de Oliveira Matos ; orientadora Karina Batista
Sposato. – São Cristóvão, 2018.
114 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de
Sergipe, 2018.

1. Direito penal. 2. Responsabilidade penal. 3. Pena (Direito).
4. Menores. 5. Maioridade. I. Sposato, Karina Batista, orient. II.
Título.

CDU 343.224

ÊMILLE LAÍS DE OLIVEIRA MATOS

A INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA COMO REFLEXO DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO GARANTISTA: UMA ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE
EMENDA À CONSTITUIÇÃO QUE VISAM A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PRODIR, da Universidade Federal de Sergipe, como parte dos requisitos para conclusão do curso de Mestrado em Direito.

Área de Concentração: Constitucionalização do Direito

Linha de Pesquisa: Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações sociais

Data da Aprovação 28/02/2018

Orientadora Prof^a. Dr^a. Karyna Batista Sposato

1º Examinador Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

2ª Examinador Prof^a. Dr^a. Ana Paula Motta Costa

São Cristóvão

2018

Dedico este trabalho à minha amada mãe.

A ela devo tudo que sou.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos mais essenciais devo ao Senhor Deus, aquele que tudo pode, por ser em todos os momentos meu guia, minha fortaleza e minha certeza. Nas diversas vezes em que pensei em desistir, me apoiei na minha fé, na perseverança e na certeza de que tudo passa para continuar tentando.

Ao meu avô Domingos Bento (in memoriam) - homem negro, autodidata, que foi marceneiro durante muitos anos e teve uma linda e honrosa história de vida da qual eu muito me orgulho -, por permanecer sendo minha fonte de inspiração; meu mentor espiritual.

À minha amada mãe, Ademildes, pela dedicação extrema, e muitas vezes sobre-humana para a minha formação como ser humano e como profissional. Pelo amor incondicional e pela paciência com minhas ausências. Além disso, é necessário dizer que nunca conseguiria chegar até onde cheguei se ela não tivesse apostado todas as suas fichas em minha educação, desde os primeiros anos da minha infância. Este título não será apenas meu. Também será dela, por todos os sacrifícios feitos até hoje (e não foram poucos) para que eu fosse tão longe quanto desejasse.

Ao meu pai, Zé Carlos, pelo nosso amor sempre tão carregado de afago e carinho.

Ao meu irmão, Arthur, por preencher minha vida com sua música, com sua paciência, com sua bondade, amizade e amor todos os dias.

A toda minha família que sempre esteve ao meu lado, que sempre acreditou na minha capacidade e me vê melhor do que eu realmente sou. Vocês são minha fortaleza!

Aos meus amigos, minha riqueza, minhas desculpas pelas ausências e minha gratidão pelo conforto e incentivo, em especial às amigas, Carol, Yasmim, Flávia, Kyara e Keila.

Essa trajetória acadêmica não foi solitária, ela contou com a contribuição de muitas pessoas. Aqui vão meus agradecimentos a todos aqueles que me permitiram pensar coletivamente.

Karyna Sposato, minha querida orientadora que se tornou uma grande amiga, agradeço por mais essa oportunidade conferida, pelo apoio, pela paciência desde a Iniciação Científica, na Graduação e agora no Mestrado, me incentivando sempre. Sou grata por suas críticas e pelas contribuições sempre indispensáveis. Nosso encontro contribuiu fundamentalmente para minha formação acadêmica e humana.

Ao Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado e a Prof^a. Dr^a. Ana Paula Motta Costa por terem integrado minha banca de qualificação, e pelas considerações tecidas àquele momento quando este trabalho ainda se encontrava em maturação.

À Universidade Federal de Sergipe, ao Programa de Pós-Graduação em Direito e aos professores do Mestrado em Direito pelo apoio e grande contribuição, especialmente aqueles que tive a oportunidade de ser aluna.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES agradeço a concessão de bolsa.

A José Lucas, meu conterrâneo, minha dupla, cuja amizade foi um presente que a vida me deu. Como expressar a gratidão e a felicidade desse encontro? Sua presença, sua lealdade e seu apoio formam um importante alicerce nesta minha jornada.

Com os amigos José Lucas, Vinícius Andrade, Henrique Magno, Valquíria Falcão, Allan Wesley e Hermano compartilhei desse desafio junto e conjunto. Dividi as angústias e alegrias desse caminho. Minha gratidão pela amizade construída.

Aos demais colegas e amigos de turma, agradeço a confiança a mim concedida enquanto representante discente junto ao Colegiado durante esses dois anos. Sou ainda mais grata por tantos momentos compartilhados de aprendizado e companheirismo.

Aos colegas também bolsistas agradeço as trocas e a solidariedade nos trabalhos que desenvolvemos juntos. Em especial, Thayse Edith pelo auxílio final neste trabalho.

Não tenho palavras para agradecer às minhas amigas Marisa e Yérsia, pela solidariedade irrestrita que ambas me prestaram no difícil e adverso percurso desde o ingresso até a conclusão desse trabalho. São gestos difíceis de dimensionar, e que vou carregar sempre vivos na memória, no registro da gratidão.

A Renata Ramos sou grata pelo carinho ao me acolher no PRODIR, pela generosidade e amizade.

Agradeço ainda aos funcionários da UFS, em especial a Tânia e a Cleber, por sempre me receberem na Universidade com um sorriso no rosto.

“... no afã de aplicar ao adolescente a mais severa punição, deseje ainda substituir a pedagogia corretiva pela expiação, vale dizer, pelo presídio, pelo cárcere, pelo confinamento intramuros infamante e improdutivo, sem qualquer preocupação com as incertas fases de maturação”

Raul Chaves, em Capacidade Criminal.

Trecho retirado do livro Direito Penal da Emoção de Maria Auxiliadora Minahim, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	19
2.1 A PREVISÃO PENAL DA INIMPUTABILIDADE ETÁRIA NO MODELO GARANTISTA DE DIREITOS	19
2.2 O CONCEITO DE INIMPUTABILIDADE	25
2.3 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A INIMPUTABILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO ESPECIAL	32
2.4 A INIMPUTABILIDADE COMO GARANTIA PRIMÁRIA	37
3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA NA DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE	42
3.1 O DEBATE SOBRE CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA	43
3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DO ARTIGO 228 DA CF/88	56
4 AS PEC's DO REBAIXAMENTO DA MAIORIDADE PENAL E O DEBATE CONSTITUCIONAL	62
4.1 ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DA REFORMA CONSTITUCIONAL	62
4.1.1 Os limites do poder reformador e a inconstitucionalidade do rebaixamento	67
4.2 AS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO EM TRAMITAÇÃO	73
4.3 O CARÁTER PUNITIVISTA DAS PEC'S FRENTE AO MODELO GARANTISTA DE DIREITOS	97
5 CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	103

RESUMO

Esse trabalho tem por finalidade analisar o conceito de inimizabilidade penal etária sob a égide da Constituição Federal de 1988 utilizando os conceitos de garantismo e de constitucionalização simbólica, tal como definidos por Luigi Ferrajoli e Marcelo Neves, respectivamente. O objetivo é compreender a relação entre esses dois conceitos e seus efeitos para a proteção dos direitos fundamentais dos adolescentes no contexto da discussão do rebaixamento da maioridade penal no Brasil. Isso se deve ao fato de que o critério da inimizabilidade dos menores de dezoito anos vem sofrendo diversas tentativas de alteração através de Propostas de Emenda à Constituição - PEC's que propõem a alteração do disposto no artigo 228 da CF/88. Nesse sentido, buscando uma inspiração reflexiva e analítica acerca dos debates sobre responsabilidade penal de adolescentes, no âmbito do Direito Penal e Constitucional, o trabalho almeja destacar o caráter da inimizabilidade penal etária como garantia primária e direito fundamental do adolescente, e como tal insuscetível de ser enfraquecido ou abolido através de reforma constitucional.

Palavras-Chave: Inimizabilidade Penal. Direito da Criança e do Adolescente. Garantismo. Constitucionalização Simbólica. Redução da Idade Penal.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the concept of criminal impunity under the aegis of the 1988 Federal Constitution, using the concepts of garantism and symbolic constitutionalization, as defined by Luigi Ferrajoli and Marcelo Neves, respectively. The objective is to understand the relation between these two concepts and their effects for the protection of the fundamental rights of adolescents in the context of the discussion of the lowering of the criminal majority in Brazil. This is due to the fact that the criterion of the incapacity of children under eighteen years of age has undergone several attempts to change through Proposals for Amendment to the Constitution - PECs that propose the amendment of article 228 of CF / 88. In this sense, seeking a reflexive and analytical inspiration about the debates about criminal responsibility of adolescents in the scope of Criminal and Constitutional Law, the work aims to highlight the character of the criminal responsibility as a primary and fundamental right of the adolescent, and as such, unsusceptible of being weakened or abolished through constitutional reform.

Keywords: Legal irresponsability. Child and Adolescent Law. Garantism. Symbolic Constitutionalization. Reduction of the Penal Age.

1 INTRODUÇÃO

Adotando uma perspectiva jurídica ancorada sob as bases do Modelo Garantista de direitos, o tema central em que este trabalho procura se desdobrar é recorrente e cíclico no Brasil. Toda vez que ocorre um crime de grande comoção social no qual um adolescente está envolvido, vem à tona o debate acerca da responsabilização de adolescentes autores de ato infracional. A discussão, que tem ganhado força no Congresso Nacional, situa-se na alteração do critério etário de inimizabilidade estabelecido para os adolescentes sob forma de Projetos de Emenda à Constituição – PEC's, que visam a redução da idade penal como solução punitiva mais severa aos adolescentes autores de ato infracional.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar o conceito de inimizabilidade penal etária a partir da previsão constitucional e seus efeitos para a proteção dos direitos fundamentais dos adolescentes. Seus objetivos específicos são: a) destacar o caráter da inimizabilidade penal etária como garantia primária; b) analisar o conceito de constitucionalização simbólica na definição da inimizabilidade penal; e c) discutir as Propostas de Emenda à Constituição (PEC's) que propõem a redução da maioria penal etária à luz do nosso modelo constitucional garantista, através de uma análise das mesmas, relacionando-as com a constitucionalização simbólica de Marcelo Neves.

O problema de pesquisa deste trabalho diz respeito à ausência de um conceito de inimizabilidade penal no ordenamento jurídico brasileiro, à percepção do que vem a ser inimizabilidade e à degradação semântica da norma do artigo 228 da Constituição Federal de 1988, e que talvez por essa razão venha acarretando diversas tentativas de alterações constitucionais, tais como as PEC's de redução de maioria penal. Tal circunstância fragiliza e torna meramente simbólica a norma do artigo 228 da Constituição, que ao longo do tempo vai se degradando semanticamente ao passo que não consegue se firmar enquanto direito fundamental dos adolescentes.

No que diz respeito à hipótese ora adotada, compreende-se o critério da inimizabilidade penal etária presente na CF/88 através do artigo 228 como um exemplo de desconstitucionalização fática compreendida como a fragilidade do código jurídico que gera uma falta de autonomia e de generalização congruente do texto constitucional, fazendo com que possam existir inúmeras formas de interpreta-

lo. Consoante descreve Marcelo Neves¹, a desconstitucionalização fática ocorre ao longo do processo de concretização da norma constitucional em que esta norma passa a sofrer inúmeras tentativas de alteração através de reformas que, segundo o autor, são típicas de constituições nominalistas² caracterizadas como aquelas nas quais o Estado firma um compromisso, reconhece-o no texto constitucional, mas não efetiva direitos fundamentais, fomentando um hiato entre o texto normativo e a realidade constitucional. A ideia de desconstitucionalização fática discutida por Marcelo Neves diz respeito à degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização e é um requisito imprescindível da constitucionalização simbólica³.

Desse modo, nesta pesquisa, entende-se que somente após o conhecimento e o reconhecimento da garantia constitucional da inimizabilidade dos adolescentes como garantia primária, sob a ótica garantista, é que se pode superar o debate.

Quanto ao método de pesquisa, o trabalho se utiliza do método hipotético-dedutivo, com uma abordagem metodológica, bibliográfica e documental ancorada nas perspectivas das matrizes teóricas de Ferrajoli e de Neves para discutir as tentativas de alterações da idade penal. Sendo assim, este trabalho toma como campo de análise as referências teóricas e documentais que tratam do tema, notadamente, os textos e marcos legais; tendo em vista que um dos objetos de pesquisa são as PEC's assim como também o artigo 228 da CF/88, ou seja, o campo de análise se desdobra nesse contexto legal e/ou documental.

Opta-se por um raciocínio hipotético-dedutivo, que na concepção de Freire-Maia, ao explicar que a questão metodológica a partir das dinâmicas universalmente denominadas indução e dedução, afirma que, após a superação da tese de que se fazia ciência com a combinação de método indutivo e dedutivo, viu-se que o cientista não precisa sempre partir dos fatos e, por indução, pode retirar uma hipótese capaz de explicá-los. O pesquisador, muitas vezes, já tem uma hipótese oriunda das diversas experiências da vida⁴, “[...] a idéia brota, pois sem que um processo indutivo

¹ NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 132, p. 323, out./dez. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514>>. Acesso em 17 de jan. de 2018.

² Idem, p. 323.

³ Idem, p.324.

⁴ “Pode acontecer – e isto realmente ocorre muitas vezes – que ele [o cientista] já tenha a hipótese (leituras, conversas, imaginação, fantasia, etc.) antes de ter experiência dos fenômenos ou, quando a formulação da hipótese lhe venha depois dos fatos, pode ainda acontecer que ela lhe tenha surgido

a tenha gerado” e, de posse da ideia, o cientista procura saber, por dedução, “se os fatos estão de acordo com ela, para testar sua conjectura”. O processo torna-se: hipótese (antecedida ou não de fenômenos observados) – dedução – fenômenos.

Por se tratar de uma pesquisa de revisão bibliográfica da literatura inerente à hipótese - a começar pela bibliografia adiante indicada, que serve como o instrumento fundamental da pesquisa -, na medida em que o levantamento bibliográfico é realizado, há uma leitura analítica que abrange: a) uma análise textual; b) uma análise temática, onde se busca a compreensão desses documentos e uma problematização da matéria de acordo com os objetivos da pesquisa. O resultado dessa análise serve como base para a demonstração das hipóteses, o que se fará mediante a apresentação de um raciocínio lógico-dedutivo, uma vez que se pretende, a partir das premissas encontradas na etapa de leitura analítica, chegar a uma solução específica para o problema apresentado sobre o conceito de inimputabilidade.

O presente trabalho se desenvolve em três capítulos, iniciados por uma breve apresentação de seu conteúdo, logo após o título. Em síntese, o primeiro capítulo procura estudar os fundamentos norteadores do garantismo⁵ e do direito penal de adolescentes, adotando uma perspectiva descritivo-analítica, para conceituar inimputabilidade penal e reconhecê-la como garantia primária, se utilizando de Luigi Ferrajoli como marco teórico.

Ainda nesse capítulo, é realizada uma revisão da doutrina dos Direitos da Criança e do Adolescente, desde o Código de Menores até o que se vem construindo nos dias de hoje nessa matéria, para explicar e refletir sobre a responsabilidade penal dispensada ao menor de idade ao longo dos anos.

Em seguida, o segundo capítulo se debruça sobre a discussão da constitucionalização simbólica empreendida por Marcelo Neves em seu livro intitulado “A constitucionalização simbólica” escrito em 1994, na tentativa de contrapor as contribuições dele na obra mencionada em face do critério da inimputabilidade penal etária, dos inimputáveis e da justiça especializada utilizada para a sua responsabilização.

“por acaso” – isto é, sem que ele possa explicar o porquê[...]” (FREIRE-MAIA, Newton. **A ciência por dentro**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 54-55)

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002, p. 684.

O terceiro e último capítulo traz uma análise sobre reforma constitucional, os limites do poder reformador e as implicações de caráter formal para o rebaixamento da idade penal. Nesse momento, o tema da inconstitucionalidade tem destaque para se verificar se essas PEC's são possíveis dentro da realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, a ideia de constitucionalização simbólica é inserida para que se possa fazer um estudo de caso a partir da exposição das PEC's que se encontram em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro, excluindo assim aquelas que foram propostas ao longo dos anos, mas que já se encontram arquivadas. Justifica-se esse fato diante da exequibilidade da pesquisa, pois, desta forma, pode-se qualificar melhor os dados obtidos através das PEC's que ainda se encontram em tramitação.

Sendo assim, são trabalhadas com mais profundidade as seis PEC's que se encontram em tramitação no Congresso Nacional, originárias tanto no Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. São elas: PEC 171/93; PEC 57/11; PEC 32/15, todas da Câmara; PEC 74/11; PEC 33/12 e PEC 21/13, todas do Senado, que serão descritas e analisadas através das justificativas dos parlamentares na sua proposição. Para que se possa fazer um estudo de caso à luz da teoria de Neves é feita uma reflexão sobre seu teor e também sobre o seu mero caráter punitivista e de recrudescimento penal presentes em seu conteúdo e nos argumentos dispensados pelos autores. Nesse momento, o trabalho desenvolvido pelo professor Riccardo Cappi⁶ sobre os debates dos parlamentares é fonte imprescindível.

Cronologicamente, a primeira proposta a ser analisada será a PEC 171/93, uma vez que esta possui outras 38 proposições com teor semelhante tramitando em conjunto⁷, mesmo todas elas tendo o *status* de arquivada no sítio da Câmara dos Deputados. Essa proposta de autoria do deputado Benedito Domingos (PP-DF) é uma das mais famosas e discutidas. Ela altera a redação do art. 228 da Constituição Federal passando a considerar imputabilidade penal ao maior de 16 (dezesesseis) anos.

⁶ CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2017.

⁷ Ao serem analisadas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara Federal (CCJC) as propostas de nº 20, de 1999; 90, de 2003; 74 e 83, de 2011; 33, de 2012; e 21, de 2013 foram rejeitadas pela comissão, no dia 19 de fevereiro de 2017. Pois ao mesmo tempo em que há um esforço por parte de corrente do legislativo, há também aqueles que entendem esse tipo de medida como um retrocesso jurídico-social. As demais propostas apensadas estão com tramitação encerrada.

Em 2014, essa proposta foi rejeitada pelo Senado Federal, mas aprovada pela Câmara dos Deputados, em primeira votação. E agora segue aguardando apreciação do Senado.

A segunda proposta a ser discutida será a PEC 57/2011, elaborada pelo deputado André Moura (PSC-SE). Essa proposta é bem semelhante à PEC 171/93, fato esse que permitiu, como será visto futuramente, que elas tramitassem em conjunto por algum tempo, mas logo depois foram desapensadas e ela segue tramitando. Segundo a sua ementa, a Proposta 57/11 visa à alteração do art. 228 da Constituição Federal, estabelecendo que os maiores de 16 (dezesesseis) anos de idade sejam penalmente imputáveis.

A PEC 74/11 tem como proponente o Senador Acir Gurgacz (PDT/RO). Tal propositura deseja acrescentar parágrafo único ao art. 228 da CF para estabelecer que, nos casos de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de 15 (quinze) anos.

Em seguida, a análise se debruçará sobre a PEC 33/2012, que é de autoria do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP). Essa proposta altera a redação dos artigos 129⁸ e 228 da CF, acrescentando parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal para maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos através de lei complementar.

A PEC 21/13, de autoria do Senador Álvaro Dias, visa à alteração do art. 228 da CF com vistas à diminuição da maioria penal de 18 (dezoito) anos para 15 (quinze) anos.

E, finalmente, a PEC 32/2015, do deputado Gonzaga Patriota (PSB-PE), que também visa à alteração do artigo 228 da CF com vistas à diminuição da maioria

⁸Art. 129. São funções do Ministério Público: I- promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezesseis anos.

Parágrafo único. Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração de sua imputabilidade, observando-se:

I- Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;

II- julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e a adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;

III- cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;

IV- capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;

V- efeito suspensivo da prescrição até o trânsito em julgado do incidente de desconsideração da inimputabilidade.

VI- Cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos.

penal e maioridade civil, tornando inimputáveis os menores de (16) quatorze anos, como também a modificação da redação do artigo 14da Constituição Federal.

Verifica-se que em sua maioria as PEC's visam à alteração do artigo 228 da Constituição Federal de 1988, que estabelece a inimputabilidade aos adolescentes menores de dezoito anos: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial".⁹

Outrossim, para além da previsão constitucional acima mencionada, há outras inúmeras normas nacionais, após a CF/88, e internacionais sobre os direitos da criança e do adolescente e de direitos humanos, que o Estado brasileiro é signatário, como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹⁰, que reconheceu a criança e o adolescente, como sujeitos de direitos, titulares do direito à assistência especial, inclusive para sua responsabilização, por terem prioridade absoluta e se encontrarem em situação de vulnerabilidade¹¹.

A distinção dogmática entre imputáveis e inimputáveis terá destaque para a análise do conceito de inimputabilidade penal etária que acaba por criar um sistema penal paralelo: de um lado encontra-se o direito penal clássico de culpabilidade para adultos, e de outro, um sistema penal diverso do tradicional para os inimputáveis, mais especificamente, para os menores de dezoito anos.

Nessa esteira, a análise sobre o caráter de garantia primária da inimputabilidade como um direito fundamental do adolescente nesse sistema específico de responsabilização tem destaque.

A opção por esse tema dá-se pela sua atualidade, assim como também pela sua grande relevância para o Direito da Criança e do Adolescente na busca incansável pela sua garantia e efetivação, partindo da compreensão de que estamos tratando de direito fundamental notadamente estabelecido no texto constitucional de

⁹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.

¹⁰ Fora adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1989, e obteve o maior número de ratificações para um tratado internacional de proteção de direitos humanos, em todo o planeta. Sua aprovação é datada de 14 de setembro, de 1990, através do Decreto Legislativo nº 28 e aprovada pelo Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990.

¹¹ Quem não tem ou tem pouca autoconsciência de cidadão, ou não consegue se impor como tal, pode ser chamado de vulnerável, pois seus direitos de cidadania estão em situações de vulnerabilidade. Para Daniela Lima Barreto, "vulnerabilidade é a condição dos segmentos sociais que, em razão de uma determinada especificidade, são submetidos a uma situação de subalternização e exclusão social que lhes impõe maior suscetibilidade de negação e violação de direitos." (BARRETO, Daniela Lima. **O direito penal dos vulneráveis**: uma análise crítica na busca do reconhecimento por meio do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 98).

1988 que reconheceu à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos, salientando-se ainda como constata Paulo Rangel que¹²

Qualquer tentativa de proposta de deliberação acerca da inimputabilidade penal, restringindo o alcance da sua regra de proteção dos adolescentes, consistirá em abominável e grave ataque ao Poder Constituinte originário que consagrou de forma clara a idade em 18 anos da inimputabilidade penal, sendo, por essa razão, inconstitucional.

Isso se deve ao fato dessa regra ser uma garantia constitucional irremovível (art. 228 c/c art. 60, §4º, IV) que não pode ser objeto de deliberação através do Poder Constituinte derivado reformador, o que ocasionaria um grande retrocesso social. Nessa perspectiva Mário De Conto¹³ entende que:

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social, compreendido como corolário do Estado Democrático de Direito, vincula a todos os poderes estatais, de forma geral, o que se entende, contemporaneamente, através de uma gestão harmônica. Todavia, suas repercussões são peculiares em cada uma das funções estatais. A aplicação do Princípio no âmbito do Poder Legislativo leva à constatação irrefutável de uma diminuição na liberdade de conformação legislativa, notadamente em respeito ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais; quanto ao Poder Executivo, a aplicação do Princípio nas políticas públicas condizentes com os preceitos constitucionais e da impossibilidade de retroceder nos Direitos Fundamentais realizados, sem algum tipo de compensação.

Trata-se de estabelecer limites ao poder de reforma para que não haja supressão de direitos. Todavia, isso não quer dizer que esse processo mais dificultoso de alteração vise engessar a Constituição e torná-la perene. Para Paulo Rangel, uma nova Constituição poderá dar uma disciplina mais severa à inimputabilidade penal, diminuindo-a, se assim achar pertinente de acordo com o anseio social da sua época. Entretanto, “a lei ordinária estará adstrita ao que está estabelecido na Constituição (art. 228), razão pela qual, hodiernamente, não se poderá adotar a diminuição da menoridade porque essa não é a vontade do legislador de 1988”¹⁴.

Em seguida, analisa-se o conceito de constitucionalização simbólica para relacioná-lo com o artigo 228 da CF na tentativa de demonstrar que esse dispositivo tem funcionado simbolicamente dentro do debate acerca da responsabilização de adolescentes autores de ato infracional, na medida em que se torna frágil talvez por

¹² RANGEL, Paulo. **A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social?**: a cor do sistema penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 215.

¹³ CONTO, Mário de. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97.

¹⁴ RANGEL, Paulo. op.cit., p. 215.

uma falta de conceituação sólida do que vem a ser inimputabilidade e seu reconhecimento como direito fundamental do adolescente para se fortalecer frente ao recorrente debate sobre a redução da maioridade no Brasil. É assim que o trabalho procura compreender ou depreender esse movimento que visa descaracterizar aquilo que está constitucionalmente estabelecido.

Feita essa análise, passa-se para a última parte do trabalho, que discutirá o teor punitivista e inconstitucional das diversas PEC's da redução através do levantamento realizado sobre elas; como se dá o processo de reforma constitucional através de Emendas Constitucionais; os limites do Poder Derivado Reformador e o controle de constitucionalidade de proposta de emenda e, por fim, a relação entre as PEC's propostas e a ideia de constitucionalização simbólica.

Na conclusão é elaborada uma síntese geral da pesquisa, com o objetivo de analisar criticamente se a ausência de um conceito formalmente positivado de inimputabilidade é, entre outras coisas, uma das razões para a norma do art. 228 da CF ser tão "bombardeada" de proposições de alteração, e que, dessa maneira, esta normativa é um exemplo de constitucionalização simbólica. Além disso, busca-se verificar se há viabilidade jurídica nas propostas elencadas, classificando-as de acordo com as diferentes manifestações de legislação simbólica através de uma análise do que foi empreendido por seus proponentes. Ao final, verifica-se, ainda, se desta pesquisa de Direito Penal Juvenil pode-se extrair alguma contribuição para o aperfeiçoamento do debate acerca da inimputabilidade penal etária e rebaixamento.

2 A INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Neste primeiro capítulo são estudados os fundamentos norteadores do garantismo¹⁵ e do direito penal de adolescentes mediante a adoção de uma perspectiva descritivo-analítica para conceituar inimputabilidade penal etária e reconhecê-la como garantia primária.

2.1 A PREVISÃO PENAL DA INIMPUTABILIDADE ETÁRIA NO MODELO GARANTISTA DE DIREITOS

Através do modelo garantista de direitos adotado pela Constituinte de 1988 que seguiu um parâmetro de racionalidade, de justiça e de intervenção punitiva mínima, numa rígida consagração à normativa dos direitos fundamentais, a Constituição inaugurou ao adolescente, entre outros aspectos, a prioridade absoluta como determina o *caput* do art. 227¹⁶ reconhecendo-os como sujeitos de direitos e não mais como objeto da tutela do Estado, obrigando não só o Estado, mas também a família e a sociedade na sua garantia.

Para o especialista Emilio García Mendez¹⁷, o art. 227 e o art. 204, inciso II¹⁸ da CF/88 foram fundamentais para o fortalecimento das políticas voltadas para a infância. O primeiro, segundo ele, era uma

¹⁵Designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002, p. 684).

¹⁶"É dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

¹⁷MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Orgs.). **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança(1990-1998)**. Vol. 1.Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001, p. 23-24.

¹⁸Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

[...] síntese da futura Convenção, que na época circulava na forma de anteprojeto entre os movimentos de luta pelos direitos da infância. O outro artigo decisivo que, legitimando a articulação de esforços coordenados entre governo e sociedade civil, colocava as bases explicitamente jurídicas para a reformulação de uma política pública, já não mais entendida como mero sinônimo de política governamental, mas como o resultado de uma articulação entre governo e sociedade civil.

Trata-se de uma escolha político-criminal¹⁹ do Constituinte com vistas a garantir a proteção da infância, respeitando-se a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que segundo Ana Paula Motta Costa²⁰ é um princípio positivado na Constituição Federal justificado no tratamento diferenciado em relação aos adultos com a garantia da equidade de abordagem quando do cometimento de um ilícito penal.

Esse direito está elencado no §3º, inciso V, do artigo 227²¹ da CF, ao garantir, sobretudo, que durante o processo de aplicação da punição ao autor de um ato infracional sejam respeitados os princípios da brevidade do cumprimento da medida socioeducativa e da excepcionalidade, quando da aplicação da privação da liberdade, *ultima ratio*, assunto que será aprofundado nos itens seguintes desse trabalho.

No que se refere ao modelo adotado pelo Direito Penal Juvenil²² brasileiro para reprimir os atos infracionais cometidos por adolescentes, a Constituição de 1988 considera a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos, tendo formalizado esse desígnio em seu artigo 228. Trata-se de um claro e evidente dispositivo de aclamação das diretrizes adotadas pelo modelo garantista de direitos,

¹⁹ A política criminal é um conjunto de princípios e recomendações que se encarregam dos conteúdos e o alcance dos institutos jurídico-penais, bem como a aplicação prática do direito penal. São as opções da política criminal que decidem sobre a tipificação ou não de determinadas condutas e quem deve ser responsabilizado. (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiros**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011).

²⁰ COSTA, Ana Paula Motta. Adolescentes: o Estado se revela violador de direitos e a sociedade faz coro à superficialidade. **Boletim IBCCRIM**, ano 23, nº271, v. 1, p. 10, 2015.

²¹ § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

²² O Direito penal juvenil corresponde às normas que regulam a responsabilidade penal dos menores de idade. Normas que pertencem ao Direito penal, contemplando situações nas quais se impõem consequências jurídico-penais aos autores de uma infração-penal. (SPOSATO, Karyna B. **Direito penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 140).

mas que é uma reprodução do entendimento já era previsto no Código Penal de 1940, através do seu artigo 27.²³

A inimizabilidade dos menores de dezoito anos prevista no Código Penal Brasileiro expressa de maneira clara que o autor do fato típico não pode ser punido na forma da lei penal, sendo-lhe reservado um tratamento especial através de uma justiça especializada que se estabeleceu por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 no ano de 1990.

Todavia, um ano antes, durante a Assembleia Geral da ONU, o Brasil ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança²⁴, na qual o país se comprometeu em assegurar que os direitos das crianças e adolescentes fossem respeitados, obrigando não só o Estado, mas também a família e a sociedade a garanti-los.

Rompeu-se a partir de então com um antigo tratamento dispensado às crianças em relação aos adultos, em que a infância era tratada como problema, para assumir-se um novo paradigma político e administrativo destinado a resolver a problemática da infância e adolescência no Brasil, nos termos de uma sociedade democrática e participativa. Para Bruñol:

A Convenção representa uma oportunidade, certamente privilegiada, para desenvolver um novo esquema de compreensão da relação da criança com o Estado e com as políticas sociais, e um desafio permanente para se conseguir uma verdadeira inserção das crianças e seus interesses na suas estruturas e procedimentos de decisão dos assuntos públicos.²⁴

A Convenção acolheu a “concepção de desenvolvimento integral da criança”, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direitos, o qual necessita de proteção especial e absoluta prioridade. Definiu a criança como sendo “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo”²⁵.

Após sua adesão à Convenção o Brasil passou a considerar adolescente o sujeito a partir dos 12 anos de idade até os 18 anos incompletos. Notadamente, com

²³ Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

²⁴ BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. IN: **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Vol. 1. Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001, p. 97.

²⁵ UNICEF. **A Convenção sobre os direitos das Crianças**. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em 01 de set. de 2017.

o marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, não só o Brasil como também muitos outros países do mundo passaram a seguir suas orientações em vários âmbitos, e com o direito penal juvenil não foi diferente.

No restante dos países da América Latina, por exemplo, com a incorporação das regras e normas estabelecidas na Convenção, também ocorreram mudanças substanciais na maneira de se perceber as crianças, os jovens e seus direitos. Substituiu-se, como ocorreu no Brasil, a “doutrina da situação irregular” pela “doutrina da proteção integral”²⁶.

Esse momento foi um divisor de águas para a ruptura definitiva com o Código de Menores, que se tratava de uma lei que legitimava a doutrina da “situação irregular” na qual os adolescentes em conflito com a lei eram segregados, subjugando seus direitos fundamentais e nomeando-os pejorativamente de “menores”, termo que ainda hoje está impregnado socialmente e na prática jurídica, e que vem sendo combatido desde a instauração do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, um ano após a ratificação da Convenção, em junho de 1990, norteado pela doutrina da “proteção integral”, a qual reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos plenos e de prioridade absoluta, como assevera a Constituição.

O Brasil elaborou o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a intenção de reafirmar os desígnios da nova Constituição Federal e da ONU, rompendo definitivamente com o Código de Menores de 1979, que se baseava na doutrina da situação irregular.

Desde a implantação do ECA, os direitos das crianças e dos adolescentes se encontram amparados sob a égide de um modelo garantista de direitos, o qual baseia-se na doutrina da proteção integral, onde a criança e o adolescente passaram a ser considerados como sujeitos de direitos, garantindo a efetivação de seus direitos através de uma articulação entre Estado e sociedade, com a criação dos Conselhos Tutelares, com a descentralização dessa política, municipalizando-a, garantindo o acesso às políticas sociais e um acesso digno à Justiça com a obrigatoriedade do contraditório.

²⁶ BELOFF, Mary. Os sistemas de responsabilidade penal juvenil na América Latina. IN: **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001, p. 113.

Nas palavras de Ana Paula Motta Costa²⁷, o direito de defesa decorrente do princípio da contradição é um direito fundamental que se estende aos adolescentes através do artigo 227, §3, IV, da CF e do artigo 207 do ECA, que dispõem sobre a impossibilidade de o adolescente ser processado por ato infracional a ele atribuído sem que conte com a defesa técnica de um advogado.

A doutrina jurídica da proteção integral adotada pelo ECA passou a vigorar e, conforme aponta Alessandro Baratta²⁸, com o intuito de "evitar a construção social que separa os 'menores' das crianças e se dirige às crianças e adolescentes como sujeitos de direitos humanos originários".

As disposições da Lei 8.069/1990 demonstram com clareza a influência dos princípios fixados pela Convenção, que, de modo uníssono, traduzem a afirmação histórica dos direitos humanos. O reconhecimento da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana²⁹.

E, muito embora a inimputabilidade penal não esteja elencada no Título II da Constituição, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, pode ser entendida como tal através da tese dos direitos de natureza análoga que reconhece a proteção de cláusula pétrea a direitos individuais positivados fora do art. 5º da CF e que, conforme Canotilho³⁰, são os direitos que, embora não se encontrem no catálogo dos direitos e garantias, beneficiam-se de um regime jurídico constitucional idêntico ao desses, como também podem ser encontrados dispersos ao longo da Constituição.

Os métodos de controle social utilizados em todo o mundo sofreram algumas modificações na intervenção ao delito cometido por adolescentes. Buscou-se, através das garantias constitucionais, alternativas para a privação da liberdade e do encarceramento em massa. Para que isso fosse possível firmaram-se regras que seguissem o raciocínio empreendido em princípios como o da subsidiariedade e da proporcionalidade das penas aplicadas aos jovens em conflito com a lei. Outros

²⁷ COSTA, A. P. M. **Os adolescentes seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 195.

²⁸ BARATTA, Alessandro. Infância e Democracia. In: **Infância, lei e democracia na América Latina**: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998). Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001, p. 59.

²⁹ SPOSATO, K.B. **O Direito penal juvenil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/RT, 2006, p. 61.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 405.

princípios também tiveram destaque, como o da brevidade e o da excepcionalidade, como já referido.

De acordo com esses preceitos, recomenda-se a busca por novas possibilidades de punição ao delinquente juvenil. Assim, os sistemas de justiça juvenil passaram por uma intensa reformulação em respeito à peculiaridade de pessoa em desenvolvimento. Levar em consideração esta peculiaridade inerente a essa fase da vida humana é romper com a doutrina da situação irregular, garantir e assegurar os direitos mais básicos a todas as crianças e adolescentes, com a garantia do direito à proteção especial.

Ainda no âmbito internacional existem outros instrumentos importantes na esfera de responsabilização e administração da justiça especializada. São eles: as regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, conhecida como Regras de Beijing³¹; as regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade³²; e as diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad³³. Todas elas têm por finalidade que os países signatários promovam o tratamento digno aos adolescentes em conflito com a lei por se encontrarem em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Em especial, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude que são recomendações sobre a prevenção ao delito e o tratamento do seu autor.

Cumprir tratar nesse momento que o ECA, após quase 28 anos de existência, continua sofrendo enxovalhos de diversos setores da sociedade por não conseguir efetivar suas premissas. Talvez por falta de vontade política, mas também há uma crítica relacionada ao entendimento de que o ECA seja benevolente com os adolescentes. Deflagra-se uma crise de implementação, com a negativa de dotar orçamentos e recursos humanos para a difusão das suas diretrizes, e mais do que isso, uma crise de interpretação, o que é ainda pior.

A crise interpretativa do ECA perpassa principalmente pela Responsabilidade Penal Juvenil e pelos critérios de culpabilidade dispensados aos inimputáveis dentro do modelo garantista, face à discricionariedade das velhas legislações de menores.

³¹ Resolução 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas aprovada em 29 de novembro de 1995.

³² Resolução 44/113 da Assembleia Geral das Nações Unidas aprovada em 14 de novembro de 1990.

³³ Resolução 45/112 da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a base do informe da Terceira Comissão A/45/756 no Quadragésimo Quinto Período de Sessões de 14 de dezembro de 1990.

Por conta dessa forte crise de implementação e interpretação, o debate sobre a redução da maioria penal tem ganhado cada vez mais força. A todo momento tem se discutido esse assunto, não só no Congresso Nacional, mas em diversos setores da sociedade. A popularidade do tema tornou-o recorrente tanto entre estudiosos como entre os leigos no assunto.

Para Luigi Ferrajoli³⁴, assim como as leis não caíram do céu, mas são fruto de mobilizações sociais, “também sua defesa e implementação dependerá, sobretudo do compromisso conjunto da cultura jurídica e das forças democráticas presentes na sociedade civil”.

Portanto, a constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente foi, é e continua sendo muito importante para a proteção dos direitos humanos e dos direitos das crianças e adolescentes. Porque com ela tem-se controlado todas as possíveis modificações constitucionais que desobedeçam aos princípios e normas fundamentais sobre esta matéria, como é o caso das PEC's aduzidas nesse trabalho.

2.2 O CONCEITO DE INIMPUTABILIDADE

Para tratar do conceito de inimputabilidade, faz-se necessário antes discutir sobre o que vem a ser imputabilidade e quem é o imputável. Nessa direção, pretende-se conceituar ambos os sujeitos, uma vez que os imputáveis serão punidos através das normas estabelecidas no Código Penal, e aos inimputáveis – aqui os imputáveis por razão de idade – será dispensado um sistema de punição especial, diferente daquele destinado aos adultos. São inimputáveis porque se encontram em fases da vida diferentes, e por essa razão não podem ser tratados de maneira igual pelo sistema de direitos. Isso se deve à obediência à isonomia e à proporcionalidade, respeitando-se o Princípio da Culpabilidade, da Proteção Integral e, principalmente, da Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento³⁵.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. *apud* MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Orgs.). **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Vol. 1. Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001, p. 11.

³⁵ SPOSATO, Karyna B. **Direito penal de adolescentes: Elementos para uma teoria garantista**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 222.

Nessa esteira, Karyna Sposato³⁶ esclarece que, assim como na maioria dos sistemas jurídicos, o Direito brasileiro não define a imputabilidade e sim trabalha com categorias de sujeitos a quem lhes nega sua incidência, os chamados inimputáveis.

Todavia, a autora³⁷ afirma que a distinção dogmática entre imputáveis e inimputáveis repousa no princípio da culpabilidade e sobre a máxima *nulla poena sine culpa* que se constitui em um dos pilares de todo o sistema do Direito Penal. Sendo os imputáveis os capazes de culpa e os inimputáveis, incapazes de culpa.

No Direito Penal comum, ou de adultos, o princípio da culpabilidade na lição de Nilo Batista³⁸ é a “exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja subjetivamente atribuível”.

Isso significa que há uma vedação à objetividade de atribuição do resultado ao autor de um delito. A atribuição da culpabilidade ao sujeito desviante deve conter relação subjetiva entre ele e a sua conduta. Além disso, a responsabilização penal só deverá ocorrer quando esta conduta for reprovável socialmente e juridicamente.

Há no conceito de culpabilidade um dilema entre Direito e Moral, em que a culpabilidade funcionaria com um limitador preventivo ao comportamento do sujeito penalmente responsável, fazendo um juízo de valor das ações cometidas por ele. Todavia, o modelo garantista procura afastar essa relação, uma vez que, como leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “a moralidade dos atos repousa na própria subjetividade de quem age, enquanto o direito exige instâncias objetivas”³⁹.

Para Francisco De Assis Toledo⁴⁰, imputabilidade é sinônimo de atribuíbilidade [sic]. Ou seja, imputar seria atribuir algo a alguém que é o responsável pelo fato e que nesse sentido está passível de sofrer os efeitos decorrentes dessa responsabilidade, não podendo esses efeitos ultrapassar seus limites.

No Brasil a imputabilidade se inicia somente aos dezoito anos e como já dito anteriormente trata-se de um critério de política criminal, adotado não só pelo Brasil,

³⁶ SPOSATO, K.B. Duas questões fundamentais sobre a responsabilização penal de adolescentes. **Boletim IBCCRIM**, Ano 23, nº 271, v. 1, p. 7-9, 2015.

³⁷ SPOSATO, Karyna B. op.cit., p. 158.

³⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiros**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 100.

³⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.322.

⁴⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.312.

mas por diversos outros países, com pequenas variações, para mais ou para menos, ficam em torno dessa idade, com vistas a garantir a proteção da infância, em respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

No entendimento de Cesar Roberto Bittencourt⁴¹

Nosso Código Penal não define a imputabilidade penal, a não ser por exclusão, ao estabelecer as causas que a afastam, definindo, em outros termos, a inimputabilidade de quem, “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (art. 26, caput). Nessa redação, a Reforma Penal de 1984 substituiu somente a expressão “caráter criminoso” por “caráter ilícito” do fato. Não se pode negar que a nova redação é mais correta, tecnicamente, porque faz uma clara alusão à consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade, evidenciando, ademais, que o conceito de não imputabilidade não é meramente biológico, mas, sim, biopsicológico.

E os requisitos para o menor de idade “[...] o critério biológico, isoladamente, esgota o conceito de inimputabilidade, porque, por presunção constitucional (art. 228 da CF e art. 27 do CP), o menor de dezoito anos é incapaz de culpabilidade.”⁴²

O Código Penal Italiano definiu imputabilidade como a capacidade de querer e agir e, na trilha desse raciocínio, o paradigma da incapacidade muito comum no Código Civil alcançaria também o Direito Penal, sugerindo que a inimputabilidade seria a incapacidade de querer e agir. Todavia, o adolescente tem capacidade e por essa razão possui uma imputabilidade *sui generes*.

Francisco Muñoz Conde⁴³ sustenta que:

A imputabilidade é resultado de um processo de socialização no qual o indivíduo desenvolve uma série de faculdades que lhe permite conhecer as normas que regem a convivência no grupo ao qual pertence e reger seus atos de acordo com tais normas, ou seja, atuar motivado pelas normas jurídicas e por todo o emaranhado de normas sociais que constituem os sistemas de controle social, formal e informal.

E assim, o Direito Penal tem procurado ao longo de sua trajetória individualizar a sanção na proporção da culpabilidade do autor do fato típico, elaborando novas concepções e submetendo o conceito de imputabilidade a outras indagações.

⁴¹ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. I. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178.

⁴² Idem, p. 178.

⁴³ CONDE, Francisco Muñoz, 2004, p. 367 *apud* SPOSATO, K.B. **Direito penal de adolescentes: Elementos para uma teoria garantista**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 100.

O critério da imputabilidade penal etária no Brasil considerada como uma causa de exclusão de culpabilidade, ou incapacidade de culpabilidade, é definida pela doutrina como resultado de uma incapacidade em razão da idade derivada da falta de condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico e de saúde psíquica. Inimputável, para Bitencourt⁴⁴, sob a ótica do Direito Penal Brasileiro, é quando o agente não apresenta condições de normalidade e maturidade psíquicas.

É fundamental nesse momento ressaltar que muito embora existam outras possibilidades de agentes inimputáveis, por exemplo, aquele que padece de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto, esse trabalho se detém apenas a analisar o inimputável em razão da idade, com dezoito anos incompletos.

A imputabilidade, segundo Mauricio Stegemann Dieter e Luciano Anderson de Souza⁴⁵, confunde-se com maturidade, processo complexo, profundamente heterogêneo e sempre incompleto, que não se subsume à exigência simplista do “saber o que se faz”, mas de poder, concretamente determinar o próprio, que em boa medida depende da experiência de vida que falta aos adolescentes.

Na época do Código Criminal de 1930, a teoria da imputação criminal, segundo Tobias Barreto em sua obra “Menores e Loucos”, apoiava-se:

[...] no facto empirico, indiscutivel, de que o homem normal, chegando a uma certa idade, legalmente estabelecida, tem adquirido a madureza e capacidade precisas, para conhecer o valor juridico de seus actos, e determinar se livremente a pratica-los [sic].

O critério do discernimento, que é uma acepção jurídica baseada na consciência acerca da antijuridicidade, continua sendo um critério de aferição para a imputabilidade. A demonstração de discernimento fica a cargo de laudos técnicos que podem ou não ser eficazes na hora de uma decisão judicial.

Ademais, embora a perícia se encarregue de dar o laudo, há muitos questionamentos sobre se esses métodos de mensurar discernimento são confiáveis tendo em vista que a natureza subjetiva dessa avaliação, uma vez que ela apresenta falta de precisão nas decisões.

⁴⁴ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. I. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178.

⁴⁵ DIETER, Mauricio S.; SOUZA, Luciano Anderson. Irracionalismo e redução da maioridade penal. **Boletim IBCCRIM**, Ano 23, nº 271, v. 1, p. 12, 2015.

Outrora Barreto⁴⁶ já falava sobre esse assunto quando enunciava que a teoria do discernimento “pode abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais um espetáculo doloroso”. Ou seja, um sistema fundado nesse critério agrava o grau de seletividade e desigualdade já existentes no sistema de responsabilização de adolescentes.

Para Tobias Barreto⁴⁷, as individualidades psíquicas são em geral muito mais variadas do que as individualidades somáticas, e não se deixam prender a uma norma determinada. Quem quer que pretenda julgar a maturidade do entendimento, da força do livre arbítrio, segundo o número de anos de idade, iludir-se-á constantemente. A experiência diária nos ensina que o desenvolvimento psíquico aparece em um indivíduo mais cedo, em outro mais tarde. Pelo que a determinação de uma idade igual para todos os indivíduos, quando é tão desigual o desenvolvimento de cada um, não pode oferecer uma segura medida de culpabilidade e de grau de pena merecida.

O critério etário serve como fundamento que bifurca o sistema punitivo, em sistema penal de adultos e sistema penal especial de adolescentes. Já para a definição da sanção a ser adotada, outros elementos se fazem necessários.

Contudo, as concepções mais modernas acreditam que isso não quer dizer que a culpabilidade não esteja presente no ato infracional cometido pelo adolescente. Existe uma culpabilidade com contornos diferenciados por se tratar o autor de um sujeito adolescente, em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A discussão sobre a culpabilidade do adolescente é inclusive defendida por Hamilton Ferraz⁴⁸, que assevera que no rol de garantias fundamentais a que faz jus o adolescente que praticou ato infracional está o respeito ao princípio da culpabilidade. O autor afirma que somente é possível atribuir uma culpabilidade ao adolescente partindo-se da doutrina da proteção integral e da concepção de um Direito Penal Juvenil, orientado pelos seus princípios fundamentais, porque de outra forma não se justifica.

⁴⁶ BARRETO, Tobias de Menezes. **Menores e loucos**. Ed. do Governo do Estado. Aracaju, 1886, p. 14.

⁴⁷ Idem, p.14.

⁴⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal juvenil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 58.

Essa culpabilidade juvenil estaria ancorada nas bases da culpabilidade do Direito Penal comum, mas enriquecida de características específicas em respeito ao princípio da proteção integral e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Desse modo, a diferença entre Direito penal de adultos e direito penal juvenil repousa no sistema de consequências jurídicas. E a depender do ordenamento jurídico em questão, em aspectos atinentes às regras de autoria e participação, tentativa, desistência, entre outros, varia.

Ainda sobre a polêmica tese do discernimento e seus métodos de averiguação, a professora Maria Auxiliadora Minahim⁴⁹ também coloca em xeque essa discussão sobre o perigo de julgar, trazendo o caso de como era aferido o discernimento dos menores de idade acusados de crime na Idade Média, nos primórdios da justiça especializada da criança. De acordo com a autora existia o chamado Teste da Maçã de Lubeca: nele, eram colocados de um lado uma maçã e do outro uma moeda para que o adolescente escolhesse uma das duas opções. Caso o adolescente escolhesse a moeda, ele então teria malícia, isto é, sabia o que estava fazendo; se escolhesse a maçã, era ingênuo, e, assim, tinha total ausência de discernimento.

Segundo a autora, essa concepção de que se pode aferir tão simplificadoramente qual criança possui malícia ou qual não possui deve-se a uma questão política ou de justiça que resulta de uma ideologia ou de uma crença do bom menino ou pelo medo da criança perversa⁵⁰.

Nas palavras de Martha Toledo⁵¹, esse critério de aferição do discernimento, mesmo no atual modelo de responsabilização juvenil, padece de uma falha estrutural/axiológica. A autora salienta que não é possível conceber um modelo empirista/*ope judicis* de verificação da capacidade penal etária de maneira pura, já que ele sempre será cheio de imperfeições estruturais/valorativas.

Assim sendo, verifica-se que, ao ressuscitar a teoria do discernimento, a política de atendimento estaria retrocedendo ao Código de Menores ao confundir os conceitos de inimputabilidade dos adolescentes com irresponsabilidade penal,

⁴⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção: a inimputabilidade do menor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 70.

⁵⁰ MINAHIM, op. cit, p. 66.

⁵¹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 269-270.

afrontando os valores mais básicos da Constituição de 1988, fundada na dignidade da pessoa humana, o eixo axiológico de todos os direitos fundamentais.

Além disso, é perigoso basear um sistema de responsabilização penal no critério do discernimento, que aferível caso a caso, subjetivamente, agrava o grau de seletividade e desigualdade já existentes no sistema de responsabilização de adolescentes. Pois num mesmo crime em que dois ou mais adolescentes estejam envolvidos, por exemplo, eles poderão receber respostas sancionatórias completamente distintas e díspares. Os responsáveis pela aferição desse discernimento podem considerar que um adolescente é dotado de discernimento, e então será processado, julgado e sentenciado como adulto. Enquanto o outro, ou os demais adolescentes envolvidos, podem não ser considerados como capazes de compreender a gravidade do ato praticado, e por essa razão não serão processados, instaurando insegurança jurídica e margens de subjetividades⁵².

Por todas essas razões é preciso tomar cuidado com a adoção desse método, pois além de ser um dos temas mais controversos na história do Direito, ele também ao longo dos tempos tem, curiosamente, considerado que crianças e adolescentes em situação de carência material, que se encontravam nas piores condições de vida e renda, advindas das famílias mais pobres, sempre são considerados como dotados de maior discernimento.

Nesse toar de divergências doutrinárias sobre o conceito de inimputabilidade, Sérgio Salomão Shecaira⁵³ acredita que o fato de a Constituição de 88 repetir em seu artigo 228 o que o legislador ordinário já fizera no art. 27 do CP, dispondo acerca da inimputabilidade penal etária aos menores de dezoito anos, teria arrefecido a doutrina penal no tema, que raramente teceria comentários sobre a culpabilidade dos adolescentes, inibindo a discussão sobre responsabilidade dos atos praticados pelos menores de idade.

O autor entende que a consagração desse artigo, da maneira que foi feita, promoveu uma substancial alteração doutrinária que ainda não aconteceu plenamente. E para Karyna Sposato⁵⁴, a ausência de um estudo acerca da

⁵² SPOSATO, K. B.; MATOS, Émille L. O. Impedimentos constitucionais à redução da maioria no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 1, n.1, (jan./mar. 2013), Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 20.

⁵³ SHECAIRA, Sérgio Salomão, 2015, p.158 *apud* FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal juvenil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 73.

⁵⁴ SPOSATO, K.B. **Direito penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 102.

culpabilidade específica dos adolescentes provoca insegurança jurídica e arbitrariedades.

Por essas razões, a análise da reprodução normativa ocorrida no artigo 228 da CF/88, que também se repetiu no ECA através do seu artigo 104⁵⁵, é de extrema importância para o Direito Penal Juvenil, uma vez que, como será visto com mais detalhes em outro momento neste trabalho, essa norma constitucional é ciclicamente “bombardeada” de propostas de emenda que visam à alteração do seu conteúdo no sentido de rebaixar a maioridade penal.

2.3 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A INIMPUTABILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO ESPECIAL

O marco de consolidação dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes no Brasil, como já dito anteriormente, é iniciado com a Constituição Federal de 1988 e em seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a considerar esses indivíduos como sujeitos de direitos, além de titulares de garantias expressas, com direitos especiais, como é o caso da inimputabilidade penal, por se encontrarem em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A condição do adolescente menor de dezoito anos em não responder por seus atos delituosos de acordo com as leis penais não o torna irresponsável ou impune. Ao contrário, o sistema legal implantado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente responsabiliza adolescentes a partir dos 12 (doze) de idade até os 18 (dezoito) anos incompletos, inclusive com a possibilidade de privação de liberdade. Portanto, são imputáveis, mas ante a legislação própria, especial, que é o ECA.

No âmbito do Direito Penal Juvenil, ressalvadas as peculiaridades características desta fase da vida, ao adolescente serão impostas como sanções as medidas socioeducativas para limitar a atuação do poder punitivo do Estado.

Nas medidas socioeducativas, descritas no art. 112 do ECA, os adolescentes a partir dos 12 (doze) anos responderão pelos atos infracionais praticados, uma vez que o modelo de Responsabilidade Penal Juvenil no Brasil adota uma idade mínima

⁵⁵ Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

para o início da adolescência, aos 12 (doze) anos. Os indivíduos abaixo dessa idade são considerados crianças pela mesma norma. Significa dizer, que a partir dos 12 (doze) anos o adolescente começa a responder penalmente, todavia, de maneira especializada, por seus atos.

Ao contrário do que se preceituou em diversos países desenvolvidos⁵⁶ que adotam o início da responsabilização de adolescentes aos 14 (quatorze) anos, no Brasil essa imputação inicia mais cedo. É nesse ponto que há uma grande confusão. Aqueles que invocam pela redução da maioridade penal, justificam seus argumentos, afirmando que em outros países a maioridade penal é de 14 (quatorze) ou 16 (dezesesseis) anos. Não entendendo, porém, que essa na verdade é a idade mínima adotada por eles para o início da responsabilização de adolescentes.

Ou seja, no modelo brasileiro de responsabilização especializada, se pune ainda mais cedo o adolescente, pois aos 12 (doze) anos ele poderá até mesmo ser privado de sua liberdade. A inimputabilidade aos menores de 18 (dezoito) anos não significa impunidade. Muito pelo contrário, significa que esses adolescentes autores de ato infracional responderão através do cumprimento de medidas socioeducativas. Isto é, de maneira diversa da imputada aos adultos, mas ainda assim nos moldes do controle social que a pena comum exerce.

Como já mencionado, a inimputabilidade, compreendida como direito fundamental do adolescente, não implica na impunidade. O adolescente infrator está sujeito à responsabilização através das medidas socioeducativas. Como assevera João Batista Costa Saraiva, “a circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a corte penal não o faz irresponsável”⁵⁷.

Segundo Ana Paula Motta Costa⁵⁸, essa ideia de impunidade está associada à interpretação do senso comum de que o ECA não cumpre suficientemente sua função de punição. Pode-se afirmar, conforme a autora, que isso tem relação com o desconhecimento que a população possui diante do sistema penal juvenil contido na Lei destinada aos adolescentes, construindo uma ideia equivocada de que ela é branda e protetiva.

⁵⁶ São exemplos: Alemanha, Áustria, Itália, Japão.

⁵⁷ SARAIVA, J.B.C. A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. **Revista Direito em Debate**, Injuí, v. 6, n. 9, 1997, p. 87. Disponível em <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/855>> Acesso em: 01 de set. de 2017.

⁵⁸ COSTA, A. P. M. **Os adolescentes seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 40.

Todavia, nas lições de Sposato, “é importante frisar o reconhecimento do caráter penal e sancionatório da medida socioeducativa”⁵⁹, visto que sua natureza e finalidade são penais, uma vez que representam o exercício do poder coercitivo do Estado, pois embora isto ocorra de maneira diferenciada da responsabilização do adulto, de igual modo limita e restringe direitos ou liberdade.

As punições conferidas ao adolescente autor de ato infracional através da justiça especializada diferem das sanções penais dos adultos, pois possuem um caráter pedagógico e educacional, mas isso não implica dizer que não haja caráter sancionatório, uma vez que possuem inegável natureza penal. Isso porque a medida socioeducativa cumprirá o mesmo papel de controle social que a pena oferece ao adulto.

Além disso, Costa⁶⁰ entende que se estamos diante de uma legislação garantista que exige a aplicação plena dos preceitos legais não se pode ter dúvidas sobre a natureza sancionatória do sistema de responsabilização juvenil, posto que acabaria por desconsiderar todo o sistema correspondente de garantias Constitucionais e de princípios de Direito Penal.

O ECA estabelece seis modalidades de sanções socioeducativas elencadas em seu artigo 112⁶¹. São elas: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; semiliberdade e internação.

A advertência, consagrada no artigo 115 do ECA, é a mais moderada das medidas socioeducativas. É, por sua vez, uma repressão verbal, na qual o Juízo repreende o adolescente visando evitar que ele volte a cometer o ato infracional.

A obrigação de reparar o dano, artigo 116 do ECA, tem uma finalidade similar ao que é previsto no Código Penal. Objetiva compensar a vítima, por meio da restituição do bem mediante três possibilidades: a) a restituição da coisa; b) o

⁵⁹ SPOSATO, K. B.; MATOS, Émille L. O. Impedimentos constitucionais à redução da maioridade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 1, n.1, (jan./mar. 2013), Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 36.

⁶⁰ COSTA, Ana P. M. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 81.

⁶¹ Art.112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

ressarcimento do dano; e, c) a compensação do prejuízo por qualquer forma. Quando o dano é reparado, extingue-se a medida. Essa medida socioeducativa fundamenta-se na reeducação do infrator com a intenção de fazê-lo entender a gravidade da sua conduta.

A medida socioeducativa elencada no artigo 117 do ECA trata-se da prestação de serviços à comunidade. Essa medida deverá ter duração de no máximo seis meses mediante uma execução de tarefas que sirva aos interesses da comunidade de forma gratuita, observadas as aptidões do adolescente. Evita-se a aplicação dessa medida a adolescentes entre doze e quatorze anos de idade incompletos em função da Lei do Menor Aprendiz.

A liberdade assistida, artigo 118 e 119 do ECA, possui um prazo mínimo de seis meses para seu cumprimento, que pode ser prorrogado, não devendo, todavia, ultrapassar, por analogia, o período de três anos, que corresponde ao prazo máximo da mais gravosa medida socioeducativa. Durante o cumprimento dessa medida o adolescente permanece junto à família, tendo acompanhamento, auxílio e orientação.

A semiliberdade, artigo 120 do ECA, é uma medida que restringe o direito à liberdade, afastando o adolescente do convívio familiar e da comunidade de origem, sem, no entanto, privá-lo de seu direito de ir e vir. Os princípios basilares dessa medida são o princípio da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A internação, que nada mais é que uma medida privativa de liberdade, disciplinada pelo ECA em seu art. 121, deve ser a *ultima ratio*. É a medida em que esse adolescente deve ser internado em estabelecimento próprio e adequado, onde permanecerá por no máximo três anos. Ao final desse período o adolescente poderá, se necessário, submeter-se à medida socioeducativa de semiliberdade, e após, se necessário, à liberdade assistida.

Ainda conforme afirma Ana Paula Motta Costa⁶², uma vez que essas medidas são restritivas de direitos, inclusive de liberdade, elas dispõem de um caráter penal na sua responsabilização que tem natureza de sanção ou de retribuição, mas que trazem consigo um aspecto pedagógico no que diz respeito ao direito à educação e

⁶² COSTA, Ana P. M. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79 e 80.

ao desenvolvimento saudável de que são titulares, independentemente de terem cometido ou não atos infracionais.

Para o cumprimento dessas medidas socioeducativas existem Unidades de Atendimento Socioeducativo espalhadas por todo o Brasil, mas, como se sabe, assim como no sistema carcerário, no sistema de justiça juvenil as coisas não funcionam como deveriam e muitas unidades não oferecem condições de manutenção dos adolescentes e de execução das medidas.

A partir da recente Lei 12. 594/2012, conhecida como Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, visa-se acompanhar desde a apuração do ato infracional - a aplicação da medida socioeducativa - até a sua execução, garantindo que as especificidades decorrentes da condição peculiar de desenvolvimento sejam contempladas no decorrer do cumprimento das medidas.

As recomendações do SINASE estruturadas como um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, encontram-se consubstanciadas na recente Lei 12.594/12. Observa-se a gradativa e progressiva repercussão de tais diretrizes, que cada vez mais devem operar intensamente seus efeitos, nos Estados e Municípios da federação.

Além disso, esse documento normatiza de que modo devem atuar as entidades de atendimento socioeducativo, desenvolvendo ações pautadas nos princípios que regem os Direitos Humanos.

Todas essas ações decorrem do reconhecimento do direito fundamental individual do adolescente menor de dezoito anos à inimizabilidade penal etária. Por analogia Hamilton Ferraz⁶³ defende que a idade mínima de doze anos para responsabilização também é uma garantia fundamental do adolescente autor de ato infracional.

Desse modo, ao ser a inimizabilidade compreendida como um direito fundamental dos adolescentes, que os responsabiliza por seus atos em um sistema de justiça especializada, esse direito individual não pode ser suprimido. E se o for, pode ser considerado um grande retrocesso para o Direito da Criança e do Adolescente.

⁶³ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal juvenil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 201.

Nesse sentido, fazendo uma analogia a uma discussão também trazida por Ferrajoli⁶⁴ sobre os direitos fundamentais das mulheres, quando o referido autor questiona se há direitos especificadamente de mulheres, e só das mulheres:

[...] la definición aquí propuesta de la igualdad *en droits* no comporta una diferencia no sólo de hecho sino también de derecho entre mujeres y varones, ligada a la existencia de derechos fundamentales especificadamente de las mujeres. ¿Existen derechos fundamentales de las mujeres y solo de las mujeres?

Abre-se assim a possibilidade de uma reflexão semelhante, mas com o sujeito desse trabalho, o adolescente, ao considerar que a inimputabilidade, esse direito fundamental, é um direito especificadamente dos adolescentes e somente deles, e que uma vez completados os dezoito anos de idade o adolescente perde esse direito.

2.4 A INIMPUTABILIDADE COMO GARANTIA PRIMÁRIA

Sendo Luigi Ferrajoli⁶⁵ a linha teórica central desse trabalho devido à sua incontestável contribuição para o Estado de Direito, visto que seu modelo é um modelo de direito orientado a garantir direitos subjetivos que tem enfoque no princípio da legalidade e surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas, importa debruçar-se um pouco mais em sua teoria para poder compreender o direito a inimputabilidade penal etária como garantia primária.

Como se sabe a Constituição de 88 trouxe um amplo catálogo de direitos e garantias nunca visto antes em outras Constituições. Todo o elenco de direitos fundamentais aduzido por ela fez com que a mesma fosse conhecida como Constituição Cidadã. Com essa nova Carta Política o Brasil deu início à construção da sua democracia, que como se sabe é um processo complexo e que se estabelece com o tempo, uma vez que não é um processo apenas jurídico, mas também político e cultural.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. Espanha: Editorial Trotta, 2001, p. 84.

⁶⁵ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão** – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Nesse processo a cultura jurídica possui um papel essencial: o de análise crítica das antinomias e das lacunas existentes no direito vigente em relação ao programa constitucional; de projeção e também de invenção das técnicas e das instituições de garantia.

Muito embora a Constituição seja um ambicioso modelo normativo-garantista de democracia constitucional, ela não deixa de experimentar incompreensões e violações ao longo da sua trajetória. Todavia, como ilustra Ferrajoli, é um projeto vinculante onde sua realização depende, em última instância, do tratamento conferido às suas garantias.

Como leciona Canotilho⁶⁶, a defesa da Constituição pressupõe a existência de garantias que assegurem a observância, aplicação, estabilidade e conservação da Lei Fundamental. Todavia, essas garantias da constituição não se confundem com as garantias constitucionais, que por sua vez tem um alcance substancialmente subjetivo e reconduzem-se ao direito dos cidadãos de exigirem do poder público a proteção, efetivação e o reconhecimento dos seus direitos.

No constitucionalismo moderno essas garantias primárias funcionam como garantias constitucionais, uma vez que se encontram positivadas no texto constitucional com uma série de obrigações ao poder público.

Nessa esteira, a ideia de garantia primária e secundária empreendida por Ferrajoli⁶⁷ se refere aos tipos de garantias de direitos. Para ele, garantia primária diz respeito aos limites e vínculos normativos, ou seja, às proibições e obrigações formais e substanciais impostos na tutela dos direitos, ao exercício de qualquer poder. Isto é, consiste numa proibição a toda e qualquer ação que se constitua em uma violação a um direito constitucionalmente consagrado, ao mesmo tempo em que determina que esse direito se cumpra.

As garantias ditas secundárias estariam ligadas às obrigações de reparar ou sancionar judicialmente atos inválidos que violem garantias primárias. Desse modo, o grau de efetividade de uma instituição de garantia secundária depende, inevitavelmente, do desenvolvimento e do efetivo funcionamento de adequadas funções e instituições de garantia primária. As instituições de garantia secundária,

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 888.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. Espanha: Editorial Trotta, 2001, p. 40.

com efeito, intervêm em caso de inefetividade, isto é, de violação das funções e das instituições de garantia primária⁶⁸.

Nesse sentido, pode-se compreender então as garantias primárias como sendo garantias legais e as secundárias, como garantias judiciais. Ferrajoli⁶⁹ sustenta que a subsidiariedade seria a relação entre esses dois tipos de garantias, uma vez que as garantias secundárias só atuam em caso de insuficiência e descumprimento das garantias primárias.

Para o referido autor, a insuficiência das garantias previstas na Constituição comporta sua improdutividade, uma vez que a precisão da linguagem constitucional e o respeito às obrigações dela decorrentes dependem da qualidade da garantia⁷⁰.

Desse leque de direitos considerados primários compreende-se que se tratam dos direitos fundamentais. Segundo Ferrajoli⁷¹, direitos fundamentais são:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos em cuanto dotados de status de personas con capacidad de obrar; [...] y por “status” la condición de um sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercido de éstas.

Tem-se que as garantias primárias, em matéria de direitos fundamentais, fomentam obrigações às normas elaboradas pelos legisladores e indiretamente ao executivo para que essas obrigações sejam mesmo efetivadas.

De acordo com Canotilho⁷², existem ainda duas classes de garantias constitucionais que se referem à rigidez da Constituição: as garantias positivas e as garantias negativas.

As garantias positivas se referem à obrigação de realizar o que está disposto no texto constitucional. Já as garantias constitucionais negativas consistem em proibições à Constituição por parte do legislador ordinário a abolições. Podem ser diretrizes de revisão constitucional; regras sobre o controle de constitucionalidade. Um exemplo são as normas de controle de constitucionalidade, que são garantias

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edição de Miguel Carbonell. Espanha: Editorial Trotta, 2008, p. 64.

⁶⁹ FERRAJOLI, L. **Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales**. Tradução Alí Lozada. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29, 2006, p. 15-31. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141145.pdf>> Acesso em: 01 de fev. De 2018.

⁷⁰ Ibid., p.15-31.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. Espanha: Editorial Trotta, 2001, p. 37.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 888.

negativas secundárias, uma vez que consistem na anulação ou na aplicação de normas constitucionais que violam garantias primárias.

Por essa razão é que na trilha do debate sobre rebaixamento da idade penal importa destacar que as garantias constitucionais dos direitos fundamentais são garantias da democracia. A inimputabilidade penal etária é um direito fundamental do adolescente e deve ser entendida como garantia primária, e assim como garantia da democracia em razão do fato de que os problemas da infância e adolescência também são problemas da democracia, que precisam contar com um constitucionalismo suficientemente forte que seja capaz de barrar qualquer proposta tendente a abolir esse direito fundamental.

Uma vez que o modelo de Estado de Direito pode ser identificado, conforme as lições de Ferrajoli⁷³, como um tipo de ordenamento no qual o poder público e, mais especificamente, o poder punitivo estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial e submetidos a um plano processual.

Esse modelo de Estado de Direito no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo de Direito penal mínimo que é um direito condicionado e limitado ao máximo, correspondente não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas ao ideal de racionalidade e de certeza como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.⁷⁴

Por essa razão, Ferrajoli⁷⁵ entende que garantismo e direito penal mínimo são termos sinônimos ao designar um modelo teórico e normativo de um direito penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva – tanto na previsão legal dos delitos como na sua comprovação judicial. A minimização do poder punitivo estatal se estabelece através das garantias penais, que por sua vez se orientam a minimizar os delitos, ou seja, reduzir ao máximo o que o poder legislativo pode castigar.

Para Ferrajoli⁷⁶, o modelo de direito penal mínimo não está apenas condicionado à ideia de minimizar a violência dos delitos, mas também a violência

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

⁷⁴ FERRAJOLI, op.cit., p. 83.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edição de Miguel Carbonell. Espanha: Editorial Trotta, 2008, p. 193.

⁷⁶ FERRAJOLI, op.cit., p. 195.

das penas. Essa vinculação se funda nos objetivos do direito penal de égide garantista na previsão dos delitos, objetivando a minimização da violência punitiva.

Em suma, visualiza-se que o garantismo é capaz de realizar um duplo objetivo. Não só a prevenção e a minimização dos delitos, mas também a prevenção das reações informais ao delito⁷⁷ diante da descrença, do descrédito, que a justiça formal possa dar a resposta mais adequada ao conflito social.

Nesse sentido, as propostas de emenda à Constituição apresentadas pelo legislativo que visam a alteração do texto constitucional do artigo 228 da CF/88, que não reconhecem a culpabilidade *sui generis* atribuída aos adolescentes autores de crimes no Brasil e não acreditam no modelo de responsabilidade penal de adolescentes existente, sugerem o rebaixamento da idade penal com o objetivo de castigar mais severamente os adolescentes.

Sendo a inimputabilidade um direito fundamental do adolescente, é uma garantia constitucional primária na medida em que fomenta obrigações aos legisladores, e indiretamente ao executivo, às normas elaboradas para que esse direito fundamental seja mesmo efetivado.

Isso porque como o Estado define que há determinadas classes de sujeitos puníveis e formas possíveis de punição, uma das possíveis categorizações desse sujeito punível, não só no Brasil, mas em outros países, reside no critério etário, em um critério de idade mínima para a responsabilização.

Ferrajoli⁷⁸ enfatiza que a minimização do poder punitivo se concretiza pela submissão do direito ao direito. E a submissão do poder legislativo às normas constitucionais em defesa das garantias de todos da maioria não desviada, mas também da minoria desviante porque a igualdade de direitos é para os desviados e para os não desviados. E que a garantia dos direitos fundamentais não pode ser sacrificada sob a justificativa de ser a vontade da maioria, nem interesse geral, nem bem comum⁷⁹.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edição de Miguel Carbonell. Espanha: Editorial Trotta, 2008, p. 194.

⁷⁸ FERRAJOLI, op.cit., p. 194.

⁷⁹ FERRAJOLI, op.cit., p. 197.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA NA DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE

Fundamentalmente, no primeiro capítulo discute-se o conceito de inimizabilidade e sua previsão na Carta Política de 88, além dos seus efeitos e desdobramentos a partir do modelo garantista de direitos, buscando apontar uma discussão sobre a inimizabilidade e sobre o direito fundamental do adolescente à inimizabilidade penal etária.

Tocando em algumas questões basilares da teoria do garantismo, fez-se, assim, o alicerce da análise que parte do garantismo, do conceito de inimizabilidade penal etária e do seu reconhecimento enquanto garantia primária e direito fundamental dos adolescentes, para a partir de agora iniciar a reflexão sobre a constitucionalização simbólica na definição da responsabilidade penal de adolescentes prevista no artigo 228 da Constituição.

No primeiro momento são apresentados os conceitos básicos do que vêm a ser Constitucionalização Simbólica e legislação simbólica, tese de Marcelo Neves⁸⁰. Além disso, tem destaque a exposição dos tipos de constitucionalização simbólica e de legislação simbólica e em que contexto social, econômico e temporal elas costumam aparecer.

No segundo momento desse capítulo utiliza-se apenas o conceito e as tipologias da constitucionalização simbólica para que se possa compreendê-la dentro do cenário brasileiro a partir da Constituição de 1988 e se, no âmbito da responsabilidade penal juvenil, é possível verificar que a norma do artigo 228 da CF/88 tem se comportado simbolicamente, tendo em vista as diversas tentativas de alterá-lo que tramitam ou já tramitaram no Congresso Nacional, como se verá no próximo capítulo. Para tanto, o conceito e as tipologias de legislação simbólica são trabalhados na análise das propostas de emendas à Constituição, que tem destaque nesse trabalho.

Dessa forma, o que se pretende ao compreender os aspectos que moldam a atmosfera simbólica é o papel que uma norma constitucional pode desempenhar. E traçar igualmente o panorama geral do processo de implantação e percurso da

⁸⁰ NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996, p. 323.

justiça juvenil no Brasil para verificar se o critério da inimputabilidade vem mesmo sofrendo essa degradação semântica no processo de sua concretização desde 1988.

3.1 O DEBATE SOBRE CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

O debate sobre constitucionalização simbólica empreendido por Marcelo Neves vale-se do modelo sistêmico proposto por Niklas Luhmann, o qual define a Constituição como um acoplamento estrutural entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificadamente moderno apresenta-se como uma via de “prestações” recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema jurídico.

Partindo desse conceito de Constituição da Teoria dos Sistemas de Luhmann⁸¹, é possível verificar ao longo da obra de Marcelo Neves que o seu conceito de constitucionalização busca enfrentar a problemática da concretização das normas constitucionais, analisando a relação entre o texto e a realidade constitucional.

No início da sua tese, Marcelo Neves se propõe a explorar os sentidos que a palavra “simbólico” adquiriu no contexto atual. O primeiro problema enfrentado, então, é o da chamada ambiguidade dos termos “símbolo”, “simbólico” e “simbolismo”. Aqui, o autor faz numerosas referências a acepções várias: Ernst Cassirer e o homem como animal simbólico, a antropologia estruturalista de Lévi-Strauss e as formulações oriundas da psicanálise de Freud, Jung e Lacan, da sociologia das instituições, da semiótica de Peirce ou da lógica de Rudolf Carnap⁸².

Na psicanálise, por exemplo, Neves⁸³ afirma que a relação simbólica pode ser vista como forma de intermediação entre o pensamento manifesto consciente e o latente inconsciente. Na concepção de simbolismo de Freud, o significado latente

⁸¹ Sobre o tem: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito (I/II)**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252 p. (Vol. I) e 212 p. (Vol. II).

⁸² NEVES, 1994, p. 11-23.

⁸³ Idem, p. 14.

refere-se ao sentido indireto, oculto e figurado dos signos totalmente diferente do real significado.

No lado da semiótica⁸⁴, existe um traço pragmático diferenciador; os símbolos distinguem pela imprecisão, variabilidade de interpretação e, sobretudo pela inexauribilidade do seu sentido. Esta ideia de símbolo é abordada por Firth como instrumento de expressão, conhecimento e controle.

Na composição da lógica⁸⁵, a distinção entre a linguagem artificial e linguagem ordinária. A linguagem simbólica é construída e empregada com fim de evitar a imprecisão e a flexibilidade da linguagem ordinária.

Em seguida, o autor procura entender o que é simbólico e as suas ambiguidades no uso da expressão “legislação simbólica”. A ambiguidade do símbolo, simbólico e simbolismo exige que, no uso da expressão legislação simbólica, determine-se precisamente em que sentido se está empregando o termo adjetivador. Poder-se-ia dizer que na legislação simbólica o significado latente prevalece sobre o seu significado manifesto.

Sua última referência invoca a teoria dos sistemas tal qual desenvolvida por Niklas Luhmann. Esse é o quadro de referência teórica que mais influencia o desenvolvimento da obra, como dito anteriormente. Nitidamente, essa escolha teórica o afasta das acepções de “símbolo” elaboradas no âmbito da semiótica. O “simbólico” no sentido que lhe atribui Neves diz respeito, então, ao predomínio ou à hipertrofia da função simbólica (conotativa) em detrimento da função instrumental (denotativa) da atividade legiferante e da legislação propriamente dita.

Dessa forma, segundo o autor, a questão atinente ao termo “legislação simbólica” relaciona-se com três variáveis distintas. São elas: as variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas. A variável instrumental implica numa relação meio-fim, na qual se tenta conscientemente alcançar objetivos através da ação; a expressiva, por sua vez, apresenta uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade; e a variável simbólica se preocupa com a solução do conflito de interesses e não com a imediata satisfação das respectivas necessidades⁸⁶.

⁸⁴ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 19-21.

⁸⁵ Idem, p. 22.

⁸⁶ Idem, p. 25.

Há que destacar algumas diferenciações importantes entre essas variáveis para se compreender a ideia de legislação simbólica. A diferença entre a ação instrumental e a simbólica se parece muito com a diferença entre discurso denotativo e conotativo, de acordo com Neves. Na linguagem do discurso denotativo há uma conexão clara entre a expressão e o conteúdo. Na conotação, a linguagem é mais ambígua. Nessa senda, o autor identifica que o agir instrumental é denotativo, enquanto o agir simbólico é conotativo na medida em que adquire um sentido mediato e impreciso⁸⁷.

Para o autor essas variáveis andam sempre juntas, todavia, há sempre a predominância de uma delas, muito embora, todo sistema jurídico funcione com ambas as variáveis.

No caso da legislação simbólica, a variável predominante é a simbólica que se reflete na atividade legiferante e, por consequência, no produto dessa atividade, que é a própria lei. A predominância da variável simbólica em decorrência das demais, em especial a instrumental, foi chamada de função hipertroficamente simbólica.

Entretanto, Neves⁸⁸ enfatiza que nem sempre o direito e a legislação exercem hipertroficamente uma função simbólica. Em muitos casos a função instrumental pode sobressair em relação às demais.

Nesse sentido, não se trata de política simbólica, por exemplo, nem tampouco de um direito simbólico. O fenômeno da legislação simbólica estaria mais circunscrito à já referida hipertrofização do aspecto conotativo do texto legal em oposição ao seu aspecto denotativo. Desse modo, também não há que confundir legislação simbólica e rituais e mitos políticos e jurídicos⁸⁹.

O primeiro tipo de legislação simbólica é aquele que serve à confirmação de valores sociais. O segundo tipo é a chamada legislação álibi, que imuniza a postura do legislador. O terceiro tipo é aquele que se coloca como fórmula de compromisso dilatório, na medida em que garante a manutenção do *status quo* ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de reforma em um futuro remoto.

A primeira manifestação da legislação simbólica é a confirmação de valores sociais que parte, segundo o autor, da frequente exigência ao legislador de que ele

⁸⁷ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 26.

⁸⁸ Idem, p. 29.

⁸⁹ Idem, p. 26-27.

tome uma posição valorativa frente aos inúmeros conflitos sociais existentes. Busca-se uma “vitória legislativa” como forma de afirmação, predominância e reconhecimento de uma determinada concepção valorativa, sem qualquer preocupação com a eficácia da respectiva lei. Procura-se apenas que o produto da atividade legiferante proíba formalmente aquelas condutas que não estão de acordo com os seus valores⁹⁰.

Um exemplo de legislação simbólica com confirmação de valores sociais trazido pelo autor é o caso emblemático da “Lei Seca” nos Estados Unidos, a partir de Gusfield⁹¹, no qual os defensores da proibição do consumo de bebidas alcoólicas não estavam preocupados com a eficácia dessa nova norma, mas sim, e tão somente, na “vitória legislativa” que eles, protestantes/nativos defensores da proibição, teriam sobre os católicos/imigrantes contrários à proibição⁹². Seu real interesse se situava em obter respeito social, não interessando a sua eficácia.

Nas palavras de Marcelo Neves, “a legislação simbólica destinada à afirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores e interesses⁹³”. Colocando, dessa forma, um grupo em oposição ao outro dentro da sociedade a partir dos “gestos de diferenciação”, os quais apontam para a glorificação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade.

A legislação-álibi, que é a segunda forma de manifestação da constitucionalização simbólica, objetiva, de acordo com o autor, fortalecer a confiança do cidadão no governo ou, de forma geral, no Estado e em seu sistema jurídico-político. Nesse tipo de legislação, o legislador, às vezes por pressão política, elabora diplomas legais com a finalidade de satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem se preocupar se essa nova lei tem um mínimo de condições de ser efetivada.⁹⁴

Geralmente no período eleitoral é que se faz mais uso de proposições de legislação-álibi para corresponder às expectativas do eleitorado em uma aparente resolução dos problemas sociais. A atividade legiferante serve como álibi do poder

⁹⁰ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 34.

⁹¹ Joseph R. Gusfield, sociólogo muito abordado pelo autor Marcelo Neves.

⁹² Idem, p. 34-35.

⁹³ Idem, p. 36.

⁹⁴ Idem, p. 37-39.

legislativo perante a população, que exigia uma reação do Estado diante de certa insatisfação da sociedade.⁹⁵

Marcelo Neves afirma que esse tipo de legislação é encontrado normalmente nas normas penais, no Direito Penal, ante a inquietude da população diante de um determinado fato criminoso onde o legislador elabora o texto para dar uma resposta temporária e aparente à vontade da população. Dessa forma, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública, através de uma legislação penal mais severa “se apresenta como um álibi, já que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim da inexistência dos pressupostos sócio-econômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.”⁹⁶

Porém, Marcelo Neves⁹⁷ faz um alerta sobre o exagerado uso desse tipo de legislação e o risco de seu fracasso, “isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio sistema jurídico ‘transtorna persistentemente a consciência jurídica’”. Resultado disso é que a sociedade acaba por si sentir enganada pelos atores políticos.

A última manifestação é a de uma legislação que serve para adiar a solução dos conflitos sociais através de compromissos dilatatórios, se assemelhando à legislação como forma de confirmação de valores sociais. Todavia, nesse caso as divergências entre os grupos políticos envolvidos não são resolvidas através do ato legislativo, porquanto a solução do conflito será adiada para um futuro indeterminado⁹⁸. Dessa maneira, o legislador acalma o conflito enquanto transfere para o futuro sua solução.

Esse tipo de legislação é criada com o intuito de resolver momentaneamente o conflito, postergando sua solução para um futuro indeterminado. Como exemplo, o autor traz o caso da Lei Norueguesa⁹⁹ sobre empregados domésticos de 1948. A função da lei, segundo o autor, seria de regulamentação das relações de trabalho; um acordo entre os grupos, entre patrões e empregados, em que os empregados ficam satisfeitos, pois a lei aparentemente fortalece a proteção social. Todavia, a lei apresentou dificuldades de aplicabilidade ao esbarrar em problemas dela próprios,

⁹⁵ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 38.

⁹⁶ Idem, p. 38.

⁹⁷ Idem, p. 40.

⁹⁸ Idem, p. 41.

⁹⁹ Idem, p. 41.

se tornando impraticável e transferindo para um futuro indeterminado a resolução do conflito social subjacente.

A legislação simbólica caracteriza-se então por atender a uma finalidade latente, política e ideológica sobressalente em relação à finalidade mais comumente atribuída à lei e que possui caráter normativo-jurídico. Caracteriza-se ainda por ser normativamente ineficaz.

Nesse momento a tese de Neves¹⁰⁰ entra em cena na discussão acerca da legislação simbólica e do problema da eficácia e da efetividade das leis. Aqui, há que realçar um aspecto: a legislação simbólica não é uma legislação desprovida de efeitos, mas sim uma legislação cujos efeitos políticos e ideológicos prevalecem diante dos efeitos jurídicos. Apesar de normativamente ineficaz, ela não está desprovida de efetividade, uma vez que serve a finalidades bastante específicas. A título de exemplo, pode-se falar em tranquilização social, legitimação de valores que não são unanimemente compartilhados, despressurização dos atores políticos, etc.

O efeito latente e indireto da legislação no campo do direito penal destaca Neves, dispõe que a legislação serviria como meio de satisfazer a “necessidade de vingança” do povo através de leis cada vez mais severas e com restrição de direitos, estigmatizando determinados sujeitos e desresponsabilizando outros, ou lhes retirando o sentimento de culpa. Nessa hipótese, segundo o autor, caso os preceitos legais não tenham eficácia esse será um típico caso de legislação simbólica¹⁰¹.

Entretanto, para o referido autor¹⁰², a legislação simbólica não se delineia apenas em sentido negativo com falta de eficácia normativa e vigência social, mas apresenta-se também em sentido positivo quando produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica.

Quando se trata de legislação destinada à confirmação de valores sociais, existem três efeitos socialmente relevantes que se configuram como uma vertente positiva da legislação simbólica. Tratam-se:

[...] de atos que servem para convencer as pessoas e grupos de consistência do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as de que os respectivos sentimentos e interesses estão incorporados ao Direito e por ele garantidos; da afirmação política da moral pelo legislador, mesmo que lhe falte específica normativo-jurídica, conduz as principais instituições da sociedade a servir-lhe de

¹⁰⁰ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 42-43.

¹⁰¹ Idem, p. 48.

¹⁰² Idem, p. 51.

sustentação [...]; com relevância institucional, “quais as culturas têm legitimidade e dominação pública” (dignas de respeito público) das que são consideradas “desviantes” (“degradadas publicamente”), sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos.

O sentido positivo encontrado por Neves¹⁰³ na legislação-álibi “descarrega o sistema político das pressões sociais concretas, constitui respectivo respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores”. E por fim, na legislação como fórmula de compromisso dilatatório gera uma “conciliação” ao adiar a resolução dos conflitos políticos mantendo o *status quo* dos grupos políticos.

Quando se adentra no texto o tema da constitucionalização simbólica propriamente dita, Marcelo Neves¹⁰⁴ discute na sua definição o problema da plurivocidade dos termos “Constituição” e “constitucionalização”. No caso desse último termo, faz-se referência às diversas possibilidades de alusão nele embutidas: acoplamento estrutural entre política e direito, “subsistema” do sistema jurídico e mecanismo de autonomia operacional do direito. Encerra-se com a noção de constitucionalização como função social e prestação política da Constituição, cujas finalidades mais básicas seriam as relativas aos direitos fundamentais, ao procedimento eleitoral e à separação de poderes e distinção entre política e administração.

Dessa forma, o autor constrói sua própria definição de constitucionalização, invocando “a reação crítica tópica de Viehweg, a hermenêutica normativa estruturante de Müller e a interpretação constitucional pluralista de Häberle”¹⁰⁵. O pressuposto lógico dessa discussão é o de que a Constituição não é uma linguagem lógica; sua aplicação/concretização dá-se interpretativamente em torno de temas controversos do ponto de vista do consenso social.

Para Neves, em apertada síntese, a constitucionalização simbólica se refere à discrepância entre a função hipertroficamente simbólica, que é quando há o predomínio da função simbólica na atividade legiferante e do seu produto, que é a lei, em detrimento da função jurídico-instrumental, e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais¹⁰⁶.

¹⁰³ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 52.

¹⁰⁴ Idem, p. 53.

¹⁰⁵ Idem, p. 80.

¹⁰⁶ Idem, p. 26.

A constitucionalização simbólica é um fenômeno de produção do texto normativo, revelando que o sentido político prevalece hipertrofiado em relação ao aparente sentido normativo-jurídico. Desse modo, as declarações de direitos, apesar de sua previsão em disposição legal, encontram-se em descompasso com a realidade social e com o próprio sistema constitucional. O próprio Marcelo Neves afirma que a expansão do sistema econômico, com o seu código binário (ter ou não ter), destrói a autonomia dos sistemas político e jurídico. Nos jogos estratégicos de dominação, a constitucionalização simbólica forja o aparato de proteção de que a maioria dos sujeitos vulneráveis necessita.

Em seguida, o autor define que a constitucionalização simbólica possui dois sentidos¹⁰⁷, um negativo e outro positivo. No primeiro fala-se em constitucionalização simbólica para se reportar a uma concretização insuficiente do texto constitucional do ponto de vista jurídico. Já o segundo, o sentido positivo, está ligado à função político-ideológica da atividade constituinte e do texto constitucional. A Constituição, portanto, cumpre um protocolo sem que as práticas por ela apregoadas tenham ressonância social. Nesse aspecto, cabe assinalar a noção de legislação (e, nesse caso, constitucionalização) enquanto álibi para os agentes políticos.

No sentido negativo, o autor parte do pressuposto da metódica normativa-estruturante de Müller ao dizer que ao texto constitucional falta normatividade em razão da falta de integração suficiente entre o programa normativo (dados linguísticos) e o domínio normativo (dados reais). E diante disso pode-se dizer, segundo o autor, que a realidade constitucional enquanto meio ambiente do direito constitucional tem relevância “seletiva”, ou melhor, destrutiva, em relação a esse sistema¹⁰⁸.

Na interpretação constitucional pluralista de Häberle, Neves¹⁰⁹ verifica que o problema da constitucionalização simbólica está vinculado à não inserção de uma “esfera pública” pluralista no processo de concretização constitucional. Desse modo, mesmo que o texto constitucional seja includente, como é o caso da Constituição de 1988, contrapõe-se a uma realidade excludente do “público” que não generaliza a normatividade constitucional.

¹⁰⁷ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 83-87.

¹⁰⁸ Idem, p. 84-85.

¹⁰⁹ Idem, p. 86.

Já a constitucionalização simbólica em sentido positivo¹¹⁰, mesmo sendo uma exceção, uma vez que normalmente ela se caracteriza negativamente, está vinculada ao sentido negativo. A ocorrência positiva se estabelece na atividade do constituinte e na linguagem constitucional, que desempenham um importante papel político-ideológico, pois respondem às exigências e objetivos políticos concretos, relacionando-se com a própria função simbólica da Constituição.

Assim sendo, a constitucionalização simbólica funciona de forma semelhante à legislação simbólica, que, como dito anteriormente, se caracteriza pela hipertrofia da função simbólica no aspecto político-ideológico em detrimento da função instrumental no aspecto de orientação de condutas e expectativas da norma. Desse modo, elas se diferenciam na sua abrangência social, temporal e material. Enquanto a legislação simbólica atua no problema de maneira restrita às relações jurídicas de domínios específicos, a constitucionalização simbólica opera no núcleo do sistema, ramificando-se a toda à sua estrutura operacional¹¹¹.

Entretanto, Neves¹¹² destaca que “é possível a existência de disposições constitucionais, com efeito, simplesmente simbólico, sem que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas mestras”. Fala-se em constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente ideológico atinge as vigas mestras da Constituição, ou seja, os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição democrática.

A ocorrência de desconstitucionalização fática, segundo Neves, ocorre com mais frequência em países periféricos, como é o caso do Brasil. Essa desconstitucionalização acarreta uma degradação semântica da normativa constitucional. Sendo ela o mesmo que constitucionalização desconstitucionalizante, essa desconstitucionalização fática causa uma desjuridicização do código jurídico pela sua fragilidade na capacidade de generalizar-se congruente – universalização correspondente.

Ainda segundo o autor, a constitucionalização desconstitucionalizante serve como uma maneira de manutenção das estruturas reais de poder em desacordo com o modelo constitucional adotado.

¹¹⁰ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 87.

¹¹¹ Idem, p. 90.

¹¹² Idem, p. 91.

Nesse sentido, o autor admite o desenvolvimento adotado para a legislação simbólica também para a constitucionalização simbólica, falando aqui, então, em três formas de manifestações: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado (constitucionalização-álibi) e c) adiar a solução de conflitos sociais de compromissos dilatatórios. Assim, dentre as possibilidades de o Estado legislar simbolicamente, configura-se aquela em que o Estado objetiva criar a imagem de que responde normativamente às dificuldades da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira a modificar a realidade, deixando para tempo futuro e incerto a solução do problema social.

Nessa linha de argumentação, a constitucionalização simbólica "transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas"¹¹³, perdendo-se transparência, assim, "em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade"¹¹⁴. Com efeito, uma das consequências mais perversas da constitucionalização simbólica consiste, precisamente, no fato de que o sistema jurídico torna-se simultaneamente cúmplice e refém das relações sociais que deveriam, em vez disso, ser por ele reguladas.

A discussão trazida a efeito por Marcelo Neves pode dialogar com outras discussões acerca do fenômeno da constitucionalização. O próprio autor faz referência ao modelo classificatório de Loewenstein, à distinção entre Constituição relevante e ritualística, abraçada por Bryde, às classificações plúrimas que aludem às chamadas normas de caráter programático, à proposta habermasiana acerca do agir estratégico e do agir comunicativo ou a discussões sobre a assim chamada lealdade das massas e "regras do silêncio" (Marshall e Bendix são autores que discutem esse tema).

Assim como a legislação simbólica tem sua tipologia, a constituição simbólica também pode manifestar-se de diversas maneiras: a) a constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; b) a constituição como fórmula de compromisso dilatatório e c) a constitucionalização-álibi.¹¹⁵

¹¹³ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 98

¹¹⁴ Idem, p. 98

¹¹⁵ Idem, p. 92.

O primeiro tipo diz respeito às constituições que em seus dispositivos constitucionais não apresentam relevância normativo-jurídica, mas confirmam apenas valores para determinados grupos para a manutenção dos seus próprios princípios. O segundo tipo remete-se, como o próprio nome diz, a compromissos autênticos, não autênticos ou até aos dilatatórios. Seu objetivo é encontrar um modo de satisfazer as exigências contraditórias. A constitucionalização álibi no que lhe concerne compromete todo o sistema constitucional. Por isso é que nas palavras de Marcelo Neves¹¹⁶:

Daí porque restringimos a questão da constitucionalização simbólica aos casos em que a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional mesmo e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álibi para os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização.

Significa dizer que dentre esses três tipos de constitucionalização simbólica, a que se manifesta como álibi do poder constituído é considerada pelo autor como a caracterizadora do instituto da constitucionalização simbólica.

Ainda no contexto da constitucionalização simbólica, Neves¹¹⁷ se utiliza do modelo classificatório das Constituições de Loewenstein, que se dividem em três tipos: as constituições normativas, as constituições nominalistas e as constituições semânticas. As primeiras se referem às Constituições que direcionam o processo de poder de modo a sujeitar os agentes políticos e as relações políticas às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental. As Constituições nominalistas, por sua vez, embora contenham disposições de limitação e controle da dominação política, não encontram ressonância fática, inexistindo suficiente concretização constitucional. Já as Constituições semânticas seriam simples reflexos do processo político, servindo como mero instrumento “dos donos do poder”.

Neves¹¹⁸ explica que a classificação de Loewenstein relaciona-se à função da ação do constituinte e à linguagem constitucional, especialmente diante do processo político, mais precisamente entre a relação que se estabelece entre o texto e a realidade constitucional. Se o texto constitucional tem correspondência com a realidade constitucional, então se tem uma Constituição normativa.

¹¹⁶ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 94.

¹¹⁷ Idem, p. 95.

¹¹⁸ Idem, p. 96.

Entretanto, apesar da Constituição normativa se caracterizar como mecanismo reflexivo do Direito positivo de modo a atuar de maneira efetiva, generalizando a filtragem da influência do poder punitivo sobre o sistema jurídico, isso não quer dizer que há uma perfeita harmonia entre a sua norma e a sua realidade constitucional¹¹⁹.

O autor entende que o problema se situa nas Constituições nominalistas por haver nelas uma discrepância radical entre a práxis do poder e as disposições constitucionais. Há um bloqueio generalizado do seu processo concretizador de tal maneira que o texto normativo perde em relevância normativo-jurídica.¹²⁰

Esse tipo de Constituição tem por objetivo, segundo o autor, a manutenção do *status quo* dos “donos do poder” e dos grupos privilegiados, pois esses grupos não têm interesse nenhum em uma mudança fundamental nas relações sociais. Contudo, esse discurso de poder invoca, simbolicamente, através do documento “democrático”, o reconhecimento dos direitos fundamentais, eleição democrática, etc.

Sua preocupação reside na linguagem hipertroficamente simbólica, a qual não corresponde à uma generalização da norma includente, posto que a realidade constitucional se contrapõe de maneira excludente.

Na terceira e última parte de sua obra, o professor Marcelo Neves¹²¹ busca nos conceitos da teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela uma analogia com o direito e a teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Na teoria biológica, utiliza-se o termo autopoiese para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. A teoria dos sistemas, ao contrário, se afasta do conceito de autopoiese e se estabelece através do conceito de alopoiese, que designa um sistema incapaz de se reproduzir sozinho.

Ou seja, há uma dicotomia entre autopoiese, que significa a produção de um sistema por si mesmo, isto é, autorreprodução de um sistema por meio de seu código-diferença; e a alopoiese, que é a perda dessa capacidade.

Todavia, ao contrário da teoria biológica, a teoria de Luhmann diz que a produção das relações entre sistema e ambiente é um elemento necessário para a reprodução autopoietica. Assim, um sistema mantém seu caráter autopoietico na

¹¹⁹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 96.

¹²⁰ Idem, p. 96-97.

¹²¹ Idem, p. p. 113.

medida em que se refere a si mesmo e ao seu ambiente. Em síntese, o conceito de autopoiese é o contrário daquele da alopoiese, de modo que a negação de um implica na presença do outro.

Na teoria dos sistemas pode-se dizer que o direito não passa de “um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”. Nesse sentido, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com seus próprios critérios entre o lícito e o ilícito, os fatores do ambiente (abertura cognitiva), não sendo diretamente influenciado por eles. Em suma, segundo Neves, o problema da justiça na concepção luhmanniana da positividade é reorientado para a questão da complexidade adequada do sistema jurídico e de suas decisões¹²².

Para o autor¹²³, a bifurcação no desenvolvimento da sociedade moderna (mundial) resultou em uma crescente e veloz complexificação social para os países periféricos, sem que daí surgissem sistemas sociais capazes de estruturar ou determinar a emergente complexidade.

No meio ambiente da sociedade moderna periférica latino-americana, problematiza Marcelo Neves, a “heterogeneidade estrutural” é alopoiética, pois é vítima da corrupção sistêmica. A supercomplexidade social implica dificuldades na construção da identidade da esfera de juridicidade, o que resulta na falta de autonomia operacional dos sistemas jurídicos e políticos.

Nas sociedades periféricas, como é o caso do Brasil, também apresentado pelo autor, as determinantes maneiras de dominação econômica realizam-se de forma desnuda, com tendências generalizantes à legalidade no plano jurídico e nos procedimentos democráticos na esfera política, impossibilitando a autonomia do sistema jurídico. Assim, o Direito passa a ser instrumento da política.

Como se vê, a legislação simbólica está a serviço da política, da economia, da moral, e muitas vezes em detrimento do desenvolvimento autônomo do direito pelo código-diferença lícito/ilícito.

O direito, no contexto da legislação simbólica, corrompe-se sistemicamente; fica subordinado aos subsistemas, seja ele econômico, político, científico, religioso, etc. As fronteiras entre o direito e o ambiente não apenas se enfraquecem; elas desaparecem, transfigurando-se em um sistema alopoiético. Assim, onde existe

¹²² NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 123.

¹²³ Idem, p. 149.

legislação simbólica haverá alopoiese, mas nem sempre quando houver alopoiese haverá legislação simbólica.

Em seguida o autor¹²⁴ faz uma análise da constitucionalização simbólica no Brasil desde as suas primeiras constituições até a última de 1988, para que se consiga visualizar como esse processo no Brasil é extremamente recorrente. Na experiência brasileira, o referido autor destaca, a constitucionalização simbólica de orientação social-democrática é restabelecida e fortificada com o texto constitucional de 88.

Por fim, Neves¹²⁵ afirma que a falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à sua função simbólica. E, contrariamente, à medida em que se amplia a falta de concretização normativa do documento constitucional, intensifica-se o grau de desconfiança para com o Estado. Sua autoridade cai em descrédito. Essa inconsistência desgasta o próprio discurso constitucionalista.

3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DO ARTIGO 228 DA CF/88

Como se verifica no capítulo anterior, durante muitos anos no Brasil a vida de crianças e adolescentes era regulada pela Doutrina da Situação Irregular, na qual esses indivíduos eram considerados objetos, um problema, principalmente aqueles que se encontravam à margem da sociedade, tendo cometido crime ou não. Essas crianças e adolescentes com poucas condições materiais, ou eram vítimas de maus tratos por parte da sua família, ou privados de saúde ou educação. Para o Estado, estavam em situação irregular e eram pejorativamente chamados de menor.

Com a promulgação da sua nova Carta Política, em 1988, o Brasil trouxe um incontestável avanço na promoção e garantia dos direitos de todos. Após anos de governos autoritários, de um constitucionalismo instrumental, revogou-se a arcaica concepção tutelar do menor em situação irregular para dar lugar à Doutrina da Proteção Integral, na qual a criança e o adolescente são reconhecidos como sujeitos de direitos e prioridade absoluta.

¹²⁴ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994,p. 158.

¹²⁵ NEVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996, p. 328. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514>> Último acesso em 17 de jan. de 2018.

Cumprido destacar que a Carta Constitucional de 88 é uma Constituição dirigista ou de caráter social participação intensa da sociedade civil, sob influência de setores que detinham o poder naquele momento, interesses próprios que de alguma forma comprometem a nossa Carta Magna. Ainda assim, ela adotou uma roupagem do Estado de Bem-Estar Social, mas que muitas vezes não se concretiza.

Todavia, a substituição do paradigma tutelar/menorista pelo garantista trouxe incidência para todas as políticas de atenção à infância e juventude, inclusive para os infratores. Agora, há condições de igualdade perante a lei e a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais norteadores da infância e juventude.

O marco da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente os reconheceu como sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes passaram a ser titulares dos mesmos direitos de que gozam todas as pessoas, e mais; ganharam também uma sensibilidade maior, pois é um “ser” que está crescendo, em desenvolvimento, formando seus conceitos.

A doutrina da proteção integral e o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento se entrelaçam para garantir que os adolescentes sejam responsabilizados de acordo com uma justiça especializada. Essa doutrina tem por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes de sua idade, desenvolvimento e circunstâncias materiais. Reconhecendo-os verdadeiramente sujeitos de direitos, uma vez que há sensibilidade ao entender que se trata de um “ser” em fase de construção da identidade/desenvolvimento.

Entretanto, mesmo com esse reconhecimento na Convenção, na Constituição e no ECA, ainda há a presença de uma dificuldade da sociedade em superar a legislação de menores.

Ademais, além da constitucionalização dos direitos das crianças e dos adolescentes, a nova Constituição também constitucionalizou a inimizabilidade penal etária ao reproduzir a regra do artigo 27 do Código Penal de 1940 na regra do seu artigo 228, a partir de uma escolha de política criminal adotar, assim como em outros países, os dezoito anos como critério etário para o início da responsabilização penal, considerando inimputáveis os menores de dezoito anos. A inimimizabilidade, portanto, fundada exclusivamente na causa etária.

Dessa forma, percebe-se que a constitucionalização da inimputabilidade penal etária disciplinada no artigo 228 da CF/88, ao reproduzir a norma do artigo do código penal sem ter conceituado o que é inimputabilidade, mas apenas categorizado o inimputável etário, tem apresentado uma feição simbólica com base nas lições de Marcelo Neves.

Como a inimputabilidade penal etária é uma regra constitucional e utilizando-se do conceito da constitucionalização simbólica, faz-se um paralelo com essa regra constitucional que, ao reconhecer os adolescentes como inimputáveis e os resguardado sistema de justiça criminal, ao mesmo tempo tem aberto espaços de discussão sobre a possibilidade de sua alteração por intermédio de propostas de emenda à Constituição, que preconizam maior severidade no tratamento concedido ao adolescente autor de ato infracional. Mais do que isso, as propostas visam que esses adolescentes sejam punidos como adultos mais cedo por meio do rebaixamento da idade penal.

Como é possível verificar no início deste capítulo, a constitucionalização simbólica é um fenômeno presente no modelo constitucional brasileiro. Nesse sentido, algumas regras do texto constitucional funcionam apenas na esfera simbólica de representação, mas não se fundam e nem se disseminam com a força normativa que é própria da Constituição. Essa força só está assegurada quando a esfera pública pluralista é integrada no processo de concretização constitucional.

Conforme ensinou Marcelo Neves, a constitucionalização simbólica afeta as estruturas fundamentais da Constituição. Dentre essas estruturas estão os direitos fundamentais e, conseqüentemente, o direito à inimputabilidade penal do adolescente, já que esse é um direito fundamental do mesmo.

Nesse sentido, entende-se a constitucionalização simbólica no dispositivo do artigo 228 da CF/88 como um exemplo de constitucionalização simbólica em seu sentido negativo, que é quando há uma hipertrofia da função político-simbólica em detrimento da força normativo jurídica do diploma ou dispositivo constitucional que prejudica sua normatividade.

Nas lições de Canotilho¹²⁶, o fato de o texto constitucional ser o primeiro elemento de interpretação-concretização constitucional não significa que essa normativa já apresente a decisão do problema. Para Canotilho, três coisas devem

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1216.

ser consideradas: uma é que a letra da lei não dispensa a averiguação do seu conteúdo semântico; o segundo é que a norma constitucional não se identifica com o texto, e a última é a averiguação da delimitação do âmbito normativo, para assim tornar as dimensões da norma mais claras, a fim de evitar, dentre outras coisas, a sua desvalorização.

Desse modo, a existência do debate sobre a constitucionalização da inimizabilidade penal etária através do artigo 228 da CF/88 e a sua função hipertroficamente simbólica significa que o texto constitucional é deturpado semântica e pragmaticamente no seu processo concretizador.

Seguindo essa linha de raciocínio, percebe-se que a norma constitucional que determina a inimizabilidade aos menores de dezoito anos através do artigo 288 tem funcionado simbolicamente na preservação da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento inerente ao adolescente e na definição do modo que esse sujeito deve ser responsabilizado mediante uma justiça especializada, diferente da destinada ao adulto.

O que se pretende afirmar nessa narrativa é que, ao longo do seu processo de concretização, essa norma vem sofrendo inúmeras tentativas de alteração através de reforma constitucional. Pode-se dizer, inclusive, que ela tem sido deturpada por aqueles que tem proposto sua modificação.

Segundo Marcelo Neves, os processos recorrentes de alteração do texto constitucional são típicos de constituições de países periféricos, como é o caso do Brasil, no qual o texto constitucional tende a se degradar semanticamente no processo de sua concretização.

A ideia de degradação semântica em Marcelo Neves¹²⁷ atua:

[...] no sentido da manutenção do *status quo* social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais.

Isso porque, como ensinado pelo referido autor, nos países da modernidade periférica o problema se situa essencialmente na autorreferência deficitária dos sistemas político-jurídicos. E no caso do Brasil, é notória a persistência de alguns

¹²⁷ NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514>> Último acesso em 17 de jan. de 2018, p. 324.

em manter seus privilégios e a exclusão dos demais obstruindo a construção de uma esfera pública pautada pela generalização institucional da cidadania e a instrumentalização particularista do direito pelos indivíduos, aqui sendo, no caso, os adolescentes autores de ato infracional.

Desse modo, pretende-se contribuir com o debate da condição de vida desses adolescentes e o modo pelo qual são punidos por seus atos, mediante uma justiça especializada, que prima pela garantia dos seus direitos enquanto possuidores da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É preciso pensar a criança e o adolescente como efetivamente vulneráveis, e a partir dessa premissa, refletir a atuação do Estado em uma legislação sensível, bem como uma atuação mais concreta nas Políticas Públicas no que toca as crianças e adolescentes. Trata-se de um grupo de indivíduos com características e necessidades específicas, que deve ter atenção especial pelo Estado traduzido em Políticas Públicas, que pretenda realmente contemplar e compreender os jovens.

Em linhas gerais, e como já se afirmou em outro momento, o que provoca esse trabalho é o fato de que tanto as discussões aqui travadas bem como as suas possíveis respostas e percepções sobre o contexto da inimputabilidade penal, só ocorrem desse modo pelo fato de o adolescente estar em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e possuir o direito fundamental à inimputabilidade, como garantia primária resguardada, reconhecida e respeitada.

As sequelas que se pode denotar no entendimento dessa garantia primária instituída no bojo da Constituição de 1988, atuando de maneira hipertroficamente simbólica, é a quantidade de propostas de emendas que já foram apresentadas para apreciação e votação no Congresso Nacional para a redução da maioridade penal.

Marcelo Neves¹²⁸ indica que a força simbólica dos direitos expressa uma ambivalência, no sentido de que os textos constitucionais, ou mesmo os textos de tratados e declarações, por exemplo, servem à manutenção do *status quo* de carência dos direitos, bem como à superação de situações concretas de negação dos direitos. Nessa perspectiva, constitucionalizar direitos serve não somente como mecanismo de arrefecimento das mobilizações sociais, mas também como combustível de mudança para aqueles que ainda conseguem lutar contra a opressão, em um sistema que busca a manutenção do poder daqueles que sempre

¹²⁸ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 61.

ao longo da história detiveram o poder, aqueles que Marcelo Neves chamou de “donos do poder”. Ainda, segundo o autor¹²⁹:

A função da congruente generalização de expectativas normativas vai ser possibilitada, na sociedade moderna, através da institucionalização dos Direitos fundamentais, que constituem a resposta do sistema jurídico às exigências da diferenciação funcional. Mas o princípio da diferenciação funcional é inseparável do princípio da inclusão, a função congruente da generalização de expectativas normativas importa a institucionalização constitucional do Estado de bem-estar.

A constitucionalização simbólica só pode realizar suas normas constitucionais, ou seja, torná-la possível, factível, eficaz e efetiva, quando as condições sociais forem diferentes das atuais. Quando a realidade constitucional for diversa e não houver a hipertrofia da função simbólica em relação às demais, mas quando a variável instrumental se sobressair. Enquanto ela for uma realidade excludente, sem proporcionar os direitos mais básicos como educação de qualidade, saúde, moradia, emprego, entre outros, em contraposição à violência e ao desejo de punir mais cedo e mais severamente seus adolescentes, não há como se falar em generalização congruente correspondente e constitucionalização democrática eficaz.

¹²⁹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 139.

4 AS PEC'S DO REBAIXAMENTO DA MAIORIDADE PENAL E O DEBATE CONSTITUCIONAL

Neste capítulo são estudados os critérios adotados pela Constituição de 1988 para a possibilidade de reforma através do Poder Reformador e quais são os seus limites. Objetiva-se fazer uma análise sobre a possibilidade ou não de alteração da idade penal por meio de emendas constitucionais, para então colocar em destaque os fundamentos da inconstitucionalidade dessa alteração, que encontra óbice nas cláusulas pétreas. Para essa análise, utiliza-se como marco teórico sobre o tema o constitucionalista Eduardo Ribeiro Moreira.

Em seguida, realiza-se um levantamento de todas as PEC's favoráveis ao rebaixamento da idade penal no Brasil que já foram apresentadas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, para logo após filtrar as que ainda estão em tramitação e examiná-las tanto no seu teor, através dos argumentos utilizados pelos parlamentares, quanto pelo caráter punitivista dos seus discursos. Nesse momento, conta-se com um ponto da análise feita pelo professor Ricardo Cappi, assim como também os discursos trazidos nas propostas são relacionados com os conceitos de legislação simbólica aprendidos no capítulo anterior.

4.1 ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL ATRAVÉS DA REFORMA CONSTITUCIONAL

Entende-se que o termo “reforma constitucional” carrega consigo a ideia de alterabilidade e de instabilidade constitucional, posto que o conteúdo das normas constitucionais pode sofrer modificação de maneira formal por meio da alteração do texto da Constituição.

A mutação constitucional, ao contrário, é, na visão de Canotilho¹³⁰, uma transição constitucional; é um procedimento informal de mudança da Constituição que permite sua releitura à luz dos novos fatos sociais, econômicos, políticos e culturais, possibilitando que esta esteja sempre atualizada e conectada com a

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1228.

realidade do país. Além disso, a mutação constitucional fica a cargo do Poder Constituinte Difuso, esse poder vai permitir as alterações informais da Constituição.

Já a reforma constitucional fica sob a responsabilidade do Poder Constituinte Derivado Reformador¹³¹, uma autoridade instituída e constituída, subordinada ao Poder Constituinte Originário, condicionado e limitado, sendo responsável pelas alterações formais da Constituição. Para Eduardo Ribeiro Moreira¹³², o Poder Reformador passa a ser peça-chave para a sobrevivência e a dignidade da Constituição, posto que, ao contrário do Poder Constituinte, possui condição e estado intermitente através das limitações que funcionam como suas travas.

Dessa forma, compreende-se a importância dessa estrutura, uma vez que muito embora caibam a ele as modificações formais do texto constitucional, é preciso haver ponderação sobre a necessidade da alteração proposta, pois modificações excessivas podem desencadear uma espécie de insegurança jurídica, um descrédito da Constituição.

É nessa perspectiva que Ingo Wolfgang Sarlet¹³³ entende que a proteção contra a ação doconstituinte reformador, especialmente no que concerne aos limites materiais à sua prerrogativa de reforma, constitui uma relevante manifestação de determinados conteúdos da Constituição, especialmente os que integram o cerne material da ordem constitucional ou pelo menos daqueles dispositivos expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive intencionalmente) pelo Constituinte, mantendo íntegros os princípios e objetivos fundamentais.

Na lição de Luis Roberto Barroso¹³⁴, a reforma constitucional está ligada à ideia de plasticidade das normas constitucionais, quando se presume que a Constituição deveria ser estável pela sua rigidez. Todavia, o ordenamento jurídico constitucional possui esse caráter dinâmico para não engessar a Constituição, que é parte de uma sociedade que está em constante evolução. Entretanto, essas alterações ou modificações não podem desvirtuar o espírito da Constituição e também devem levar em consideração o Princípio da Segurança Jurídica, por isso é

¹³¹ Art. 60 da CF.

¹³² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Teoria da reforma constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

¹³³ SARLET, Ingo W. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.15, set./ out./ nov. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=319>>. Acesso em 26 de dez. de 2017.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167.

que existem os limites formais à reforma constitucional, como será visto no próximo tópico.

No contexto do constitucionalismo moderno, com uma Constituição rígida, é preciso antever os riscos de uma reforma que, ao invés de próspera e necessária, é perigosa e geradora de retrocesso social. Nesse sentido, Barroso¹³⁵ aponta duas situações em que o texto constitucional não deveria ser reformado:

[...] diante de necessidade imperiosa, convertendo-se a Constituição em letra morta, sem maior relevância política; ou que a Constituição se adapte às novas demandas sociais por mecanismos ilegais e sub-reptícios, em mutações constitucionais inconstitucionais.

O fenômeno da reforma constitucional mostra o quão simbólico são as regras constitucionais. Porque elas estão fixadas, mas podem ser modificadas ao longo dos anos. Para Neves, “no Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica”¹³⁶ através de uma legislação penal mais rigorosa.

No caso da redução da maioria penal, é factível fazer uma analogia com o exemplo mencionado acima no Direito Penal e considerar que as diversas propostas de redução podem ser um exemplo de legislação álibi, como também é possível verificar sua fragilidade quando existem tantas propostas em tramitação no Congresso Nacional. Uma possibilidade é que haja uma fragilidade na norma, que se deve ao fato de que a Constituição de 88 reproduziu a regra do Código Penal sobre a inimizabilidade e, por conseguinte, o Estatuto também fez a mesma menção sem nenhuma maturação anterior para conceituar o que é essa imputação criminal do adolescente. Dessa maneira, não há um lastro que conceda a essa norma a solidez necessária para a nítida compreensão de que se trata de uma imputação *sui generis*; uma responsabilização diferenciada.

Assim, a norma da inimizabilidade deixa aberto todo um espaço de crítica de que o adolescente é impune, de que ele não é responsabilizado por seus atos e de que o Estatuto seria benevolente, pois não se construiu um conceito sólido que amparasse essa inimizabilidade.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174.

¹³⁶ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 38.

Por isso que a todo o momento, ciclicamente, a discussão é retomada com um risco enorme de alteração da previsão original, que seria retirar os adolescentes do sistema de justiça especializada e inseri-los no sistema criminal de adultos, num evidente retrocesso no qual os direitos fundamentais dos adolescentes seriam mitigados ou suprimidos.

O princípio do não retrocesso social, nas palavras de Canotilho¹³⁷, significa dizer que os direitos sociais e econômicos uma vez obtidos num determinado grau de realização passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, que não pode ser suprimido.

Segundo Sarlet¹³⁸, a proibição ao retrocesso social significa toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais e da própria ordem jurídica em face das medidas realizadas pelo Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham cunho retrocessivo.

Conforme, Eduardo Ribeiro Moreira¹³⁹, a tese da vedação ao retrocesso também é válida para a maximização dos limites materiais ao poder de reforma elencados no §4º, inciso IV do artigo 60 da CF/88. Essa maximização deve então alcançar todos os direitos fundamentais, sem exceção.

O assunto da reforma constitucional também foi tratado por Marcelo Neves quando ele critica os processos de modificação constitucional por entender que esses atuam como álibis¹⁴⁰ para fracassos. Para ele, o excesso de emendas aprovadas no Brasil atrapalha a funcionalidade da Constituição, por entender que as melhorias poderiam ser alcançadas através da concretização dos direitos e da realização constitucional, e não por meio de reformas.

Segundo o autor, o fundamental é criar uma cultura com hábito constitucional em concomitância com a concretização dos direitos fundamentais, criando condições de concretização para que esses direitos possam ser efetivados através de políticas públicas e não por meio de emendas constitucionais.

Para Neves, o reformismo constitucional é um forte indício de reconstitucionalização simbólica que tende a impedir a reforma do Estado, ou seja, o

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 74.

¹³⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

¹⁴⁰ Forte carga simbólica em detrimento da sua função normativo-jurídica.

excesso de emendismo pode servir para afirmação simbólica de valores. Essa afirmação político-simbólica de identidade com certos conteúdos normativos tem, em termos práticos, pouca eficácia. A mera transformação de textos que leva à transformação jurídica é ilusória e dificulta a transformação da sociedade.

O art. 228 da CF que determina a inimputabilidade dos menores de 18 anos é um retrato, um exemplo de regra constitucional simbólica, pois diz que estaria resguardando os adolescentes do sistema criminal, protegendo-os de serem punidos e responsabilizados perante o Direito Penal de adultos e destinando-os a uma justiça especializada. Simbolicamente isso tem um efeito. Contudo, com o modelo de alteração constitucional que se estabelece através de emendas, algumas propostas acabam por subverter a própria lógica da Constituição ao não compreenderem a sua limitação. Tem-se, então, uma regra simbólica originária que depois o processo legislativo permite que se altere isso de forma escamoteada.

Torna-se simbólico a Constituição dizer que os adolescentes são inimputáveis aos dezoito anos incompletos e ao mesmo tempo conviver com propostas de emendas que rebaixam a inimputabilidade para dezesseis anos, por exemplo. Entra pela porta dos fundos o teor repressivo que a norma simbólica não consegue conter. A norma da inimputabilidade aos menores de dezoito anos está ali apenas como um escudo. No final, se as emendas forem aprovadas, elas alteram essa situação.

A inimputabilidade pode ser compreendida assim como cláusula pétrea, que é um limite material ao conteúdo ou substância de uma reforma constitucional, limitando a atuação do poder constituinte reformador, não podendo ser objeto de eventuais reformas. Isso porque esse direito fundamental é, em verdade, uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana do sujeito adolescente, menor de dezoito anos, princípio esse que confere unidade a todos os direitos fundamentais presentes na Constituição, uma vez que essa norma é uma regra simbólica originária que resguarda os adolescentes do sistema de justiça criminal de adultos.

Essas propostas que visam à alteração do texto constitucional encontram óbice tanto na Constituição como também em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, que a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 passam a ter equivalência de norma constitucional, desde que aprovados em 2 turnos com 3/5 de votação.

Muitos autores relacionam o fracasso de determinadas Constituições com o descumprimento das cláusulas pétreas, já que diversas vezes ao longo da história, o choque entre o poder e as limitações expressas nas cláusulas pétreas ocasionou o desfazimento da Constituição por textos substitutivos, em sua maioria ditatoriais.¹⁴¹

4.1.1 Os limites do poder reformador e a inconstitucionalidade do rebaixamento

De acordo com a teoria do poder constituinte¹⁴², quando se trata de uma Constituição rígida como a nossa, as emendas constitucionais que vierem a ser propostas são de atribuição do poder constituinte derivado reformador, que deterá a possibilidade, mesmo que limitada, de alteração do que foi estabelecido pelo poder constituinte originário.

O Poder Constituinte Reformador, pelo fato de ser um Poder Constituinte Derivado, encontra limitações na Constituição, que atualmente se apresentam em três ordens. As limitações expressas referem-se às modificações formais ou procedimentais (art. 60, I, II, III, e §§ 2º, 3º e 5º), circunstanciais (art. 60, § 1º) e materiais (art. 60, § 4º), que aqui terão maior destaque¹⁴³. As eventuais limitações a esse processo estão explicitadas no texto constitucional de maneira expressa ou até mesmo de forma implícita.

¹⁴¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

¹⁴² Segundo essa teoria o poder constituinte é dividido em duas dimensões. A primeira delas é o originário, e é aquele que inaugura uma nova ordem jurídica. A segunda dimensão diz respeito ao poder constituinte derivado que foi criado pelo originário, e por isso deve obediência ao anterior por se tratar de um poder de segundo grau.

¹⁴³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais**. (grifo não presente no original)
§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Os limites circunstanciais são aqueles que proíbem que as alterações constitucionais ocorram durante a vigência de determinadas situações de anormalidade ou consideradas inadequadas presentes no art. 60, §1º da CF.

Os chamados limites materiais ou substanciais, segundo Dirley da Cunha Jr.¹⁴⁴, são as cláusulas pétreas que afastam do poder de reforma determinadas matérias que estão previstas explícita ou implicitamente na Constituição.

As chamadas cláusulas pétreas ou cláusulas superconstitucionais são cláusulas limitadoras do poder de reforma. Elas criam dificuldades ao legislador, protegendo a estrutura central do texto constitucional, uma vez que sua destinação é a salvaguarda dos valores nucleares e fundamentais da Constituição. Sua intangibilidade protege os direitos fundamentais, o Estado de Direito e a Democracia.

Verifica-se, com absoluta clarividência, que o artigo acima mencionado, mais especificadamente em seu § 4º, IV, é um dos incisos que tornam as cláusulas pétreas tão abrangentes. Esse inciso limita a possibilidade de modificação dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional por caracterizá-los como cláusulas pétreas.

Para José Adércio da Silva, o status de direito fundamental¹⁴⁵ encontrado no art. 60, § 4º, IV, é considerado “eficácia formal passiva absoluta”, que defende esses direitos da vontade da maioria legislativa eventual, muito embora haja a possibilidade de alteração ou revisão.

Segundo Oscar Vilhena Vieira¹⁴⁶, a rigidez constitucional não funciona como simples autolimitação, mas também como limitação àquelas correntes que, vencidas no embate constituinte, podem se converter em maiorias no futuro e alterar o decidido no processo de elaboração da Constituição.

Ainda conforme o autor¹⁴⁷,

As limitações materiais ao poder de reforma deram proteção especial a direitos, princípios e instituições que além de essenciais à formação de uma vontade democrática constituam uma verdadeira reserva de justiça

¹⁴⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 220.

¹⁴⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 556.

¹⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**. 1997, n.42, p.53-97. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>> Acesso em: 22 de jan. de 2018, p. 54.

¹⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição como reserva de justiça*. **Lua Nova**. 1997, n.42, p.53-97. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>> Acesso em: 22 de jan. de 2018, p. 61.

constitucional não se colocarão como uma afronta à democracia. Ao retirar do âmbito de deliberação majoritária aqueles direitos, princípios e instituições que constituem a reserva de justiça da Constituição as cláusulas super-rígidas se transformam em legítimo instrumento de preservação da democracia, paradoxalmente, ao limitá-la.

De acordo com Eduardo Ribeiro Moreira¹⁴⁸, o disposto no § 4º do artigo 60 da Constituição de 88 conduz à conclusão de que as reformas constitucionais que tratam de direitos fundamentais somente podem ser feitas com a finalidade de melhorá-los, nunca para enfraquecê-los ou alargar o rol de exceções às garantias.

As limitações procedimentais ou formais estão relacionadas ao processo legislativo, mediante o qual ora é possível submeter propostas de emenda à Constituição¹⁴⁹, ora veda-se que matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa¹⁵⁰.

Quanto ao § 5º do artigo 60 da CF/88, importa mencionar que se trata de uma limitação formal à modificação constitucional através de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada que não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Ademais, os outros incisos e parágrafos do artigo 60 da CF explicam que é preciso que haja uma iniciativa privativa ou concorrente para a proposição de uma Emenda Constitucional, que só poderá ser emendada com a participação de no mínimo 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, pelo Presidente da República e também da maioria relativa dos membros que compõem as Assembleias Legislativas das unidades da Federação. O quórum de aprovação deverá perfazer, conforme o §2º, 3/5 dos votos dos membros em cada Casa do Congresso Nacional, que ocorrerão em dois (02) turnos de votação.

Os limites acima mencionados sejam eles circunstanciais, materiais ou procedimentais, devem ser observados quando da propositura de uma Emenda Constitucional, pois a mesma é passível de controle de constitucionalidade.

Nas lições de Dirley da Cunha Júnior¹⁵¹, o controle de constitucionalidade é uma garantia da supremacia da Constituição e sua força normativa, com a finalidade

¹⁴⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

¹⁴⁹ Art. 60, incisos I, II, III e §§ 2º e 3º da CF.

¹⁵⁰ Art. 60, § 5º da CF.

¹⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2010, p. 39-40.

de sempre manter a prevalência das normas constitucionais frente aos excessos, abusos e desvios de poder, garantindo os direitos fundamentais. Sendo, portanto, uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público frente a uma Constituição rígida.

No ordenamento jurídico brasileiro, os métodos adotados de controle de constitucionalidade têm influência no sistema norte-americano, que designa à Corte Suprema o condão de proteção das normas constitucionais. A ideia de supremacia da Constituição advém de 1803, quando foi proferida a sentença do caso *Marbury v. Madison*, que inaugurou o chamado controle judicial de constitucionalidade das leis. Cunha Júnior¹⁵² assevera que essa decisão representou não só a consagração da supremacia constitucional, mas também o poder e o dever dos juízes negarem a aplicação às leis contrárias à Constituição.

No caso brasileiro, é de competência do Supremo Tribunal Federal brasileiro apreciar e julgar a constitucionalidade, como preleciona o *caput* artigo 102, I, “a” da CF, caracterizando o controle concentrado de constitucionalidade.

Por se tratar de um sistema misto, há a possibilidade de um controle difuso-incidental, desconcentrando a competência, que assim poderá ser exercida por qualquer juiz ou tribunal que detenha competência para julgar e processar a matéria.

Esta previsão do controle difuso, porém, não é explícita na Constituição. Implicitamente, se verifica essa possibilidade pela leitura dos artigos 97 e 102, III, da CF. No primeiro dispositivo, espia-se a apreciação do Princípio da Reserva do Plenário; no segundo, o Recurso Extraordinário. Nesse último, presume-se que um determinado caso concreto está sob apreciação, em grau de recurso à Suprema Corte, onde já houve uma decisão anterior a respeito da aplicação da lei ou ato normativo do Poder Público.

É oportuno lembrar também que os requisitos fundamentais e essenciais para que se alcance o Controle de Constitucionalidade - que é a verificação de compatibilidade formal e material de um ato normativo em relação à Constituição - estão relacionados à rigidez da Constituição, que determina por si só a obrigatoriedade de tal comportamento. Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral dos conselhos, avisos ou lições. Todas têm

¹⁵² CUNHA JÚNIOR, op.cit., p.67.

força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos.

Tendo em vista que a Constituição de 1988 trouxe em seu arcabouço jurídico algumas inovações com relação aos métodos de controle de constitucionalidade anteriores, a principal novidade foi a ampliação do exercício da jurisdição constitucional, acabando com o monopólio do Procurador Geral da República.

A partir dessa alteração, tornaram-se competentes para a tarefa de deflagrar ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, segundo o art. 103 da CF, “o Presidente da República; as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas; o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

Conforme previsão do §1º do art. 102 ¹⁵³ da CF “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

Além desses requisitos, para se alcançar o controle de constitucionalidade de determinada norma, é preciso o pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça. Em cada uma das casas do Congresso Nacional haverá, segundo o art. 58 da CF¹⁵⁴, comissões permanentes e temporárias.

¹⁵³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

¹⁵⁴ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer. § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. § 4º - Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período

E, segundo Barroso, é atribuição da CCJ manifestar-se “acerca das propostas de emenda constitucional e dos projetos de lei apresentados, sob a ótica de sua responsabilidade com o texto constitucional”¹⁵⁵, conforme dimensiona o mesmo artigo.

Quanto à questão da inconstitucionalidade, as emendas constitucionais podem ser declaradas inconstitucionais porque violam os limites a ela impostos através do artigo 60 da CF.

O entendimento de Flávia Piovesan¹⁵⁶ sobre as PEC’s da redução é de que a redução da idade penal viola cláusula pétrea, além de afrontar os compromissos internacionais de proteção dos direitos humanos firmados pelo Brasil.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Paulo Rangel¹⁵⁷ compreende que:

A diminuição da menor idade penal não é apenas uma questão de mudança do art. 228 da CR ou do art. 27 do CP, mas sim, uma questão de cunho social, enquanto questão que funda a República Federativa do Brasil a fim de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, a fim de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais com o nítido propósito de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3ª CR).

Ou seja, a redução da maioridade penal não encontra um óbice constitucional meramente formal por se configurar como cláusula pétrea; ela vai à contramão de todos os princípios garantidores de direitos fundamentais inaugurados na Carta Política de 88 dentro do Estado Democrático de Direito.

Hamilton Ferraz¹⁵⁸ compreende que se o constituinte originário estabeleceu um limite máximo de intervenção penal, não pode o legislador infraconstitucional ou o constituinte derivado tratar o adolescente de forma desproporcional e reduzir o patamar etário mínimo estabelecido pelo ECA e pela Constituição.

O reformismo constitucional precisa se orientar sob o horizonte dos preceitos constitucionais mais basilares para não atuar como álibi para o fracasso. Emendas casuísticas prejudicam a funcionalidade da Constituição.

legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 313.

¹⁵⁶ PIOVESAN, F. A inconstitucionalidade da redução da maioridade penal. In **A razão da idade**: mitos e verdades. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p. 76.

¹⁵⁷ RANGEL, Paulo. 2016, p. 7.

¹⁵⁸ FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal juvenil**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 20.

4.2 AS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO EM TRAMITAÇÃO

Como já foi mencionado, há algum tempo vem emergindo a discussão sobre a responsabilidade penal juvenil de maneira insurgente e insistente, principalmente no ambiente legislativo do Congresso Nacional. Desde 1993, já foram apresentadas diversas Propostas de Emenda à Constituição – PEC's que visam à redução da maioria penal. Todas elas têm consigo um fundo populista de contemplar o clamor social que tem se instaurado no Brasil através de uma resposta simbólica¹⁵⁹ e de emergência¹⁶⁰, como já se verificou em outros trabalhos¹⁶¹.

Essas propostas pretendem em sua maioria a alteração da redação do texto constitucional do artigo 228, que estabelece quando se dá o início da responsabilização penal.

Para uma melhor visualização do quantitativo de PEC's já propostas, estão listados seus autores, os partidos, de que Estados brasileiros elas partiram e qual a situação atual de tramitação em que se encontram. Elaborou-se um primeiro quadro com as PEC's advindas da Câmara dos Deputados.

Quadro 1- Lista das PEC's, por autor, partido, Estado e situação – Câmara

	Nº	Autor	Partido	Estado	Situação
1	171/93	Benedito Domingos	PP	DF	Em tramitação
2	37/95	Telmo Kirst	PPR	RS	Arquivada

¹⁵⁹ O Direito Penal Simbólico pode ser compreendido através da utilização de normas penais e seu conteúdo para situações-problema que afligem a sociedade em geral, procurando com isso camuflar, sob a égide de um punitivismo exacerbado, a falta de uma atuação devida do Estado no desenvolvimento de políticas públicas sobre a temática.

¹⁶⁰ O Direito Penal de Emergência tem forte identificação com o também chamado Direito Penal do Risco, cuja matriz compreensiva está conjugada às bases de consolidação da globalização e se associa a processos de flexibilização e ampliação dos instrumentais punitivo-repressivos, ou como outros denominam de expansão do Direito Penal. A inflação legislativa em matéria penal, assistemática e com baixo rigor técnico tem sido a característica marcante desse fenômeno.

¹⁶¹ O rebaixamento da idade penal enquanto mágica solução punitiva funda-se na crença de que a imposição de pena mais severa intimida a prática de novos delitos, seja para aquele autor, seja para os demais cidadãos em razão da exemplaridade da punição. Mas não só isso, legitima-se a partir da fórmula preventivo-geral positiva que encontra eco em recentes manifestações de um direito penal do inimigo, também em matéria de adolescentes. (SPOSATO, K. B.; MATOS, Émille L. O. Impedimentos constitucionais à redução da maioria no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 1, n.1, (jan./mar. 2013), Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 45.)

3	91/95	Aracely de Paula	PFL	MG	Arquivada
4	301/96	Jair Bolsonaro	PPB	RJ	Arquivada
5	386/96	Pedrinho Abrão	PTB	GO	Arquivada
6	426/96	Nair Xavier Lobo	PMDB	GO	Arquivada
7	531/97	Feu Rosa	PSDB	ES	Arquivada
8	68/99	Luiz Antonio Fleury	PTB	SP	Arquivada
9	133/99	Ricardo Izar	PMDB	SP	Arquivada
10	150/99	Marçal Filho	PSDB	MS	Arquivada
11	167/99	Ronaldo Vasconcellos	PFL	MG	Arquivada
12	169/99	Nelo Rodolfo	PPB	SP	Arquivada
13	633/99	Osório Adriano	PFL	DF	Arquivada
14	260/00	Pompeo de Mattos	PDT	RS	Arquivada
15	321/01	Alberto Fraga	PMDB	DF	Arquivada
16	377/01	Jorge Tadeu Mudalen	PMDB	SP	Arquivada
17	582/02	Odelmo Leão	PPB	MG	Arquivada
18	64/03	André Luiz	PMDB	RJ	Arquivada
19	179/03	Wladimir Costa	PMDB	PA	Arquivada
20	242/04	Nelson Markezelli	PTB	SP	Arquivada
21	272/04	Pedro Corrêa	PP	PE	Arquivada
22	302/04	Almir Moura	PL	RJ	Arquivada
23	327/04	Amauri RobledoGasques	PRONA	SP	Arquivada
24	345/04	Silas Brasileiro	PMDB	MG	Arquivada
25	489/05	Medeiros	PL	SP	Arquivada
26	48/07	Rogério Lisboa	DEM	RJ	Arquivada
27	73/07	Alfredo Kaefer	PSDB	PR	Arquivada
28	85/07	OnyxLorenzoni	PFL	RS	Arquivada
29	87/07	Rodrigo de Castro	PSDB	MG	Arquivada
30	125/07	Fernando de Fabinho	PFL	BA	Arquivada
31	399/09	Paulo Roberto	PTB	RS	Arquivada
32	57/11	André Moura	PSC	SE	Em tramitação
33	223/12	Onofre Santo Agostini	PSD	SC	Arquivada
34	228/12	Keiko Ota	PSB	SP	Arquivada
35	273/13	Onyx Lorenzoni	DEM	RS	Arquivada

36	279/13	Sandes Júnior	PP	GO	Arquivada
37	332/13	Carlos Souza	PSD	AM	Arquivada
38	382/14	Akira Otsubo	PMDB	MS	Apensada
30	438/14	Moreira Mendes	PSD	RO	Apensada
40	25/15	Gonzaga Patriota	PSB	PE	Devolvida
41	32/15	Gonzaga Patriota	PSB	PE	Em tramitação na CCJ

Fonte: CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017.

Como se pode verificar no levantamento realizado, já tramitaram na Câmara dos Deputados do ano de 1993 a 2018 um total de 41 (quarenta e uma) PEC's. Desse universo, apenas 3 (três) ainda se encontram em tramitação.

Esse segundo quadro contém as mesmas informações do **Quadro 1**, mas faz referência às PEC's apresentadas no Senado Federal.

Quadro 2 - Lista das PEC's, por autor, partido, Estado e situação - Senado

	Nº	Autor	Partido	Estado	Situação
1	18/99	Romero Jucá	PSDB	RR	Encerrada
2	20/99	Roberto Arruda	PSDB	DF	Encerrada
3	03/01	Roberto Arruda	PSDB	DF	Encerrada
4	26/02	Iris Rezende	PMDB	GO	Encerrada
5	90/03	Magno Malta	PL	ES	Encerrada
6	09/04	Papaleo Paes	PMDB	AP	Encerrada
7	26/07	Eduardo Azevedo	PSDB	MG	Encerrada
8	74/11	Acir Gurgacz	PDT	RO	Em tramitação
9	83/11	Clésio Andrade	PMDB	MG	Encerrada
10	33/12	Aloysio Nunes	PSDB	SP	Em tramitação
11	21/13	Álvaro Dias	PSDB	PR	Em tramitação

Fonte: CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017. Revista e atualizada pela autora.

No Senado Federal, esse levantamento encontrou 11 (onze) projetos de emenda desde o ano 1999 até os dias de hoje. E de igual modo ao que se viu na

Câmara dos Deputados, aqui restam apenas 3 (três) propostas em tramitação.

De um total de 52 (cinquenta e duas) PEC's de rebaixamento já propostas nas duas casas do Congresso Nacional, serão analisadas nesse trabalho apenas as 6 (seis) que ainda se encontram em tramitação, uma a uma, descritivamente, em seu inteiro teor, como também suas justificativas de proposição formuladas pelos seus autores, para que se possa verificar suas similaridades e sua impossibilidades.

É necessário destacar que dessas 52 (cinquenta e duas) PEC's formuladas por parlamentares são originárias de 17 (dezessete) estados da federação mais o Distrito Federal e partiram de 13 (treze) partidos diferentes, a maioria deles qualificados como partidos de direita.

Por essa razão, elaborou-se o **Quadro 3** e o **Quadro 4** com o intuito de dar destaque às 06 (seis) PEC's objetos do estudo de caso.

Quadro 3 - Conteúdo das PEC's depositadas na Câmara que se encontram em tramitação

	Nº	Conteúdo da Proposição	Critério Diferenciador
1	171/93	Maioridade penal aos 16 anos	Altera a redação do <i>caput</i> artigo 228 da CF/88
2	57/11	Maioridade penal aos 16 anos	A imputabilidade penal será determinada por intermédio de perícia e decisão judicial, proferida em cada caso com <u>fundamento nos fatores psicossociais e culturais do agente</u> .
3	32/15	Maioridade penal aos 16 anos	Institui a <u>plena maioridade penal e civil</u> partir dos dezesseis anos de idade.

Fonte: CAPPI, Ricardo. **A maioridade penal nos debates parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017. Revista e atualizada pela autora.

Quadro 4 - Conteúdo das PEC's depositadas no Senado que se encontram em tramitação

	Nº	Conteúdo da Proposição	Critério Diferenciador
1	74/11	Maioridade penal aos 15 anos	<u>Acréscita parágrafo único ao art. 228 da Constituição Federal para estabelecer que nos casos de crime de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos.</u>

2	33/12	Maioridade penal aos 16 anos	Altera a redação dos arts. 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo único para prever a possibilidade de desconsideração da inimputabilidade penal de maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei complementar.
3	21/13	Maioridade penal aos 15 anos	Altera a redação do <i>caput</i> artigo 228 da CF/88

Fonte: CAPPI, Ricardo. **A maioridade penal nos debates parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017. Revista e atualizada pela autora.

A primeira Proposta de Emenda à Constituição que será discutida é a PEC 171/1993¹⁶², cujo signatário é o ex-deputado Benedito Domingos (PP-DF). Busca-se alterar o artigo 228 da Constituição da República, com a finalidade de reduzir a idade mínima prevista para a responsabilização penal, atualmente fixada em 18 (dezoito) anos. O autor dessa proposta visa atribuir a responsabilidade criminal ao jovem maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos a partir da sua capacidade para entendimento do ato delituoso que venha a praticar.

Segundo ele, a fixação da idade para responsabilização penal aos dezoito anos, atualmente em vigor, ocorreu sob o prisma do ordenamento penal brasileiro da década de quarenta, no século passado, e por essa razão está inserida em uma realidade totalmente diversa da atual. Assim, está justificada sua proposição no sentido de que nos dias de hoje o adolescente possui maior desenvolvimento mental em relação aos adolescentes da época do CP. O acesso à informação, à tecnologia, as diversas liberdades, teriam aumentado o discernimento dos jovens para compreender o caráter de licitude ou ilicitude dos atos que praticam.

Destaca como justificativa de que há uma contradição no ordenamento jurídico, que possibilita o menor de dezoito anos se tornar capaz para contrair matrimônio, tornar-se apto ao pleno exercício dos direitos eleitorais aos 16 (dezesseis) anos, bem como firmar contrato de trabalho aos 14 (quatorze) anos, porém não o possibilita ser apenado por praticar homicídios, roubos, furtos, estupros

¹⁶² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda à Constituição nº 171/1993**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>> Acesso em: 04 dez. 2017.

e sequestros, não sendo sujeito à sanção de natureza penal, mas tão somente a medidas denominadas socioeducativas, de natureza específica.

À essa PEC foram apensadas outras 38 propostas, a maioria delas versando sobre a redução da idade mínima para a responsabilização penal e fixando-a entre doze e dezessete anos.

A proposta principal está tramitando há quase vinte e quatro anos na Câmara dos Deputados e, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, foi relatada pelos deputados José Luiz Clerot, Inaldo Leitão e Marcelo Itagiba, que concluíram pela sua admissibilidade, sendo que os respectivos pareceres não foram apreciados pelo Órgão colegiado.

Proposta de Emenda Constitucional nº 171 de 1993, bem como das PEC's nºs 386/1996, 426/1996, 242/2004, 37/1995, 91/1995, da 301/1996, 531/1997, 68/1999, 133/1999, 150/1999, 167/1999, 169/1999, 633/1999, 260/2000, 321/2001, 377/2001, 582/2002, 64/2003, 179/2003, 272/2004, 302/2004, 345/2004, 489/2005, 48/2007, 73/2007, 85/2007, 87/2007, 125/2007, 399/2009, 57/2011, 223/2012 e 228/2012, a esta apensadas.

No ano de 2015, essa PEC foi aprovada em sessão da Câmara dos Deputados, sob a presidência à época do Deputado Federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ), após ter sido rejeitada um dia antes. A PEC foi então encaminhada à Mesa do Senado Federal para votação em dois turnos, para que então seja promulgada.

Entretanto essa proposta foi aprovada de maneira muito controversa, uma vez que após ter sido rejeitada, foi aprovada no dia seguinte, ferindo a limitação do § 5º do artigo 60 da CF/88, que implica, como já mencionado, na alteração constitucional através de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada que não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, e que foi justificada por meio de uma manobra regimental.

A PEC 57/2011¹⁶³, de autoria do Deputado Federal André Moura (PSC-SE), propõe a alteração do texto do artigo 228 da Constituição Federal para passar a vigorar com a seguinte redação:

¹⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda à Constituição nº 57/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512527>> Acesso em: 04 dez. 2017.

"Art. 228 São penalmente imputáveis os maiores de 16 (dezesseis) anos de idade. § 1º A imputabilidade penal do maior de 16 (dezesseis) anos será determinada por intermédio de perícia e decisão judicial, proferida em cada caso com fundamento nos fatores psicossociais e culturais do agente. Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Essa proposição, ao rebaixar a maioridade penal para dezesseis anos, argumenta que a redação atual da norma cria uma presunção de que o adolescente menor de 18 (dezoito) anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para o seu proponente, não é mais possível acreditar que menores com 16 (dezesseis) ou 17 (dezessete) anos não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam. Todavia, admite saber que, com essa modificação, a redução da maioridade penal não vem a ser a solução da criminalidade.

A proposta de emenda de número 74/2011¹⁶⁴ tem como autor o deputado Acir Gurgacz (PDT-RO). Ao contrário do que se verificou nas propostas vistas anteriormente, essa PEC pretende alterar não o *caput* do artigo 228, mas acrescentar a esse artigo um parágrafo único que reduz a maioridade penal aos menores de quinze anos no caso do cometimento de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, como mostra a transcrição a seguir:

Art. 1º O art. 228 da Constituição Federal passa ser acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 228.

Parágrafo único. Nos casos de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos.

A justificativa dada pelo parlamentar, autor dessa proposta, segue a mesma linha de raciocínio das propostas anteriores ao questionar o critério biológico da inimputabilidade aos dezoito anos no que se refere ao discernimento. Ademais, traz uma exposição da idade a partir da qual tem início a responsabilização penal em diversos países ao redor do mundo para justificar que em alguns a idade é menor que dezoito anos. Não obstante, a maioria desses países estão inseridos em culturas sociais e políticas totalmente diversas da do Brasil, como por exemplo:

¹⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Emenda à Constituição nº 74/2011**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101484>> Acesso em: 04 dez. 2017.

Estados Unidos; na Europa, destacam-se: Alemanha com maioridade penal aos 14 (quatorze) anos; Dinamarca, 15 (quinze) anos; Finlândia, 15 (quinze) anos; França, 13 (treze) anos; Itália, 14 (quatorze) anos; Noruega, 15 (quinze) anos; Polônia, 13 (treze) anos; Escócia, 8 (oito) anos; Inglaterra, 10 (dez) anos; Rússia, 14 (quatorze) anos; Suécia, 15 (quinze) anos; e Ucrânia, 10 (dez) anos. No Oriente Médio, destacam-se: Irã com a maioridade penal aos 9 (nove) anos, para as mulheres, e 15 (quinze) anos, para os homens; e a Turquia, 11 (onze) anos.

Na África, a maioridade penal é a seguinte: África do Sul, 7 (sete) anos; Argélia, 13 (treze) anos; Egito, 15 (quinze) anos; Etiópia, 9 (nove) anos; Marrocos, 12 (doze) anos; Nigéria, 7 (sete) anos; Quênia, 8 anos; Sudão, 7 (sete) anos; Tanzânia, 7 (sete) anos; e Uganda, 12 (doze) anos. Na Ásia, a maioridade penal assim se destaca: Bangladesh, 7 (sete) anos; China, 14 (quatorze) anos; Coreia do Sul, 12 anos; Filipinas, 9 anos; Índia, 7 (sete) anos; Indonésia, 8 (oito) anos; Japão, 14 (quatorze) anos; Myanmar, 7 (sete) anos; Nepal, 10 anos; Paquistão, 7 (sete) anos; Tailândia, 7 (sete) anos; Uzbequistão, 13 (treze) anos; e Vietnã, 14 (quatorze) anos.

Ocorre que há uma grande confusão nesse sentido, como já mencionado. Em muitos desses países, na verdade, esses números referem-se à idade mínima adotada por eles para o início da responsabilização, aos 14 (quatorze) ou aos 16 (dezesesseis), enquanto no Brasil isso acontece aos 12 (doze) anos. Na Alemanha, por exemplo, o sistema de direito penal juvenil tem como base a intervenção estatal através da educação. Assim como em outros países, a Alemanha considera a inimputabilidade absoluta aos 14 (quatorze) anos.

Essa faixa etária foi estabelecida somente depois da promulgação da Lei Judicial Juvenil (1953), ainda em vigor, e que conforme assevera Bruñol:

Durante o século XX se formula um Direito Penal Juvenil, cujo maior expoente se encontra na Lei Penal Juvenil da ex Alemanha Ocidental e que pretende reunir a tradição derivada da dogmática penal com as correntes humanitárias e correccionalistas predominantes nos sistemas tutelares¹⁶⁵.

Nesse diapasão, a legislação alemã vem buscando há muito tempo consolidar o Direito Penal Juvenil por meio das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil de Menores (Regras de Beijing).

¹⁶⁵ BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. IN: **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)** Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001, p. 101.

Preleciona a professora Karyna Sposato que a legislação alemã sobre Justiça Juvenil estabeleceu de maneira expressa o princípio da subsidiaridade da pena e do procedimento penal, objetivando ainda, segundo ela, a desjudicialização, levando em consideração o princípio da *ultima ratio* para prisionização do adolescente em conflito com a lei¹⁶⁶. Ainda segundo a professora¹⁶⁷:

O fundamento legal dessa inclusão é o reconhecimento da Lei Penal Comum como subsidiária. A Lei Penal Comum é aplicável a adolescentes e jovens, na medida em que a Lei Penal Juvenil não dispuser de outra forma. Assim, se um jovem adulto incorre na prática de um fato ilícito, que segundo as disposições gerais está sancionado com pena, abre-se a possibilidade para o juiz utilizar o Sistema Juvenil de modo concorrente ao Sistema comum.

Há uma grotesca confusão interpretativa entre o que o modelo de justiça juvenil alemão, conhecido com Sistema de Jovens e Adultos, propõe e o que se pretende com a redução da idade penal aqui no Brasil. O modelo alemão inclui o jovem adulto (18 a 21 anos) no sistema de justiça juvenil, ou seja, julga-o como adolescente entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos.

No entanto, as propostas de rebaixamento da idade penal que tramitaram ou que ainda tramitam no Congresso brasileiro pretendem, quase que em sua maioria, a redução de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos, dispensando ao adolescente um tratamento que é dado ao adulto, como se ele assim fosse.

Enquanto as propostas de redução da idade penal fundamentam-se na ideia de exclusão dos jovens entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos do sistema juvenil, o modelo alemão, ao contrário, tem como pressuposto a inclusão dos jovens adultos nas regras destinadas aos adolescentes¹⁶⁸.

Entretanto, a legislação alemã só adota esses mecanismos se for provado, através do critério do discernimento, que esse jovem adulto não possuía maturidade suficiente para responder como um adulto. Pois ao se constatar uma diminuta maturidade, esse jovem adulto responderá através da legislação especial criada para atender aos inimputáveis¹⁶⁹.

¹⁶⁶ SPOSATO. K.B. **Direito penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 217.

¹⁶⁷ Idem, p. 218.

¹⁶⁸ SPOSATO. K.B. **O Direito penal juvenil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/RT, 2006, p. 188.

¹⁶⁹ SPOSATO. K.B. **Direito penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 218.

Ademais, o proponente dessa proposta sublinha que a violência praticada por adolescentes no Brasil vem aumentando assustadoramente, e os adolescentes praticantes de infrações graves não têm sido punidos adequadamente.

Para o Senador proponente, a redução da idade da imputabilidade penal de 18 (dezoito) para 15 (quinze) anos nos casos de cometimento de crimes de homicídio doloso e roubo seguido de morte é necessária devido ao aumento do desenvolvimento mental e discernimento dos adolescentes nos dias atuais e à necessidade de intimidação da prática desses crimes por esses menores, porque o “Brasil passa por um pavor social em torno da crescente criminalidade praticada por menores inimputáveis”.

A PEC 33/2012¹⁷⁰ de autoria do Senador Aloysio Nunes (PSDB-SP) tem por finalidade alterar não só o artigo 228 da CF/88, mas também o artigo 129, que trata das funções institucionais do Ministério Público, alterando seu inciso I ao autorizar que se promova Ação Penal Pública e o incidente de desconconsideração de inimputabilidade aos menores de dezesseis anos, como é possível verificar a seguir:

O inciso I, do art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos. (NR)

E para completar o artigo 228 da Constituição Federal, acrescenta parágrafo único com a seguinte redação:

Art. 228 -.....

Parágrafo Único – Lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconconsideração da sua inimputabilidade, observando-se:

I - Propositura pelo Ministério Público especializado em questões de infância e adolescência;

II - julgamento originário por órgão do judiciário especializado em causas relativas à infância e adolescência, com preferência sobre todos os demais processos, em todas as instâncias;

III - cabimento apenas na prática dos crimes previstos no inciso XLIII, do art. 5º desta Constituição, e múltipla reincidência na prática de lesão corporal grave e roubo qualificado;

IV - capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes infracionais, atestado em

¹⁷⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Emenda à Constituição nº 33/2012**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330>> Acesso em: 04 dez. 2017.

laudo técnico, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório;

V - efeito suspensivo da prescrição até trânsito em julgado do incidente de desconconsideração da inimputabilidade.

VI - cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos.

Sua motivação também está relacionada à questão que o tema da maioridade penal tem sido objeto de ampla discussão na sociedade brasileira e que no Congresso Nacional tramitam e tramitaram diversas Propostas de Emenda à Constituição, com diferentes amplitudes. Nenhuma delas prosperou, em função do desvirtuamento do debate, já que as posições se radicalizaram a ponto de impedir qualquer acordo.

O Relatório propõe a redução da maioridade penal para os 16 (dezesesseis) anos, mas condicionou a imputabilidade dos maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos à capacidade dos agentes de entenderem o caráter ilícito do fato, atestada por laudo de peritos nomeados pelo juiz.

A proposta prevê ainda que a pena imposta pudesse ser substituída por medidas socioeducativas, exceto na prática dos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes, além dos previstos na Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), e que o cumprimento da pena pudesse ser realizado em estabelecimento diferenciado daqueles destinados a criminosos maiores de 18 (dezoito) anos.

Em seguida, o autor da proposta admite que a polêmica que envolve a matéria recomenda cautela na sua apreciação, pois as opiniões estão divididas e os argumentos de todas as correntes contrárias ou a favor têm validade. Ele também admite que o fato de o ECA ainda não ter sido integralmente implementado impossibilita avaliar concretamente seus resultados, de modo a apontar para o seu sucesso ou fracasso.

Entretanto, logo após, ele afirma que a Constituição e o ECA conferem impunidade aos adolescentes e que, por se sentirem confiantes na impunidade da resposta punitiva, esses adolescentes praticam reiterada e acintosamente delitos na confiança de ficarem impunes. Busca então no caso “Champinha”, ressaltando que o adolescente já havia sido assistido e recolhido por diversas instituições especializadas na recuperação de menores infratores antes de praticar tal odioso crime e mesmo assim não hesitou em praticar novo delito. Em sua justificativa, o parlamentar reconhece:

[...] os riscos de se legislar em função de casos específicos, dando um caráter geral ao que poderia ser tratado de forma particular, especialmente em se tratando de reforma da nossa ainda jovem Constituição. Também somos contra o que se convencionou chamar de “legislação penal de urgência”, em que o legislativo se move motivado por tragédias ou crimes que chocam a comunidade, com grande repercussão midiática.

Mas, segundo ele, “algo precisa ser feito em relação a determinados e específicos casos, que infelizmente têm se proliferado à sombra da impunidade e longe do alcance de nossas leis”. E embora o ECA seja uma das mais avançadas legislações do mundo sobre o tema, é necessário que o Estado forneça os meios à sua total e efetiva implementação, porque “os números revelam que a tendência à reincidência é muito alta”; e ressalta, por fim, que o ECA transmite uma sensação de impunidade.

Nesse sentido, para seu preponente a proposta supracitada atende ao caráter pedagógico do Estatuto na medida em que, ao saberem que a prática reiterada de crimes graves poderá ensejar a desconsideração da menoridade, “os infratores deixem de se sentirem seguros para prosseguirem na delinquência”. Assim, a medida visa “suprir uma deficiência no regime jurídico relativo ao menor infrator, impedindo que alguns tirem proveito dessa lacuna, desvirtuando o magnífico intento de recuperar adolescentes em situação de risco”.

O entendimento dessa proposta é que se mantenha o limite atual, mas abrindo a possibilidade de que essa regra geral possa vir a ser excepcionalizada em casos igualmente excepcionais.

Assim, a proposta cria algo como uma “Ação de Desconsideração da Menoridade”, onde a sociedade brasileira, por meio do Congresso Nacional, no momento que considerar oportuno, definirá os casos excepcionais e extraordinários em que o menor infrator poderá ser considerado maior criminoso, sujeito não mais ao ECA, mas ao Código Penal. Preocupam-se em estabelecer no texto constitucional alguns marcos e condicionantes ao que viria conter essa nova legislação, a saber:

I- propositura pelo Ministério Público – dentre as diversas funções institucionais, ressaltam-se a de agir como fiscal da legalidade e ser o titular da ação penal pública. Há no Ministério Público Federal setores especializados em questões de infância e adolescência, que detêm conhecimento e experiência na área, em muitos casos no acompanhamento de menores infratores e a observância do ECA, com capacidade inclusive de avaliar os resultados em relação a cada menor. Nada mais natural - inclusive como forma de evitar abusos e a ação de promotores que

desconheçam a área - que seja competência privativa do MP especializado a propositura da ação.

II- julgamento originário por varas especializadas e com preferência para julgamento – a experiência destes juízes, que atuam diretamente junto aos menores infratores é fundamental na compreensão desta realidade. Da mesma forma, a preferência para o julgamento destes casos se justifica quer seja pela sua excepcionalidade, quer seja pela urgência no julgamento em função do *periculum in mora*, que poderia levar à prejudicialidade do julgamento com o avanço da idade do infrator. Neste particular, previmos também a suspensão da prescrição (inciso V).

III- crimes específicos – Entendemos que o caráter excepcional desta medida, deve-se limitar a casos igualmente excepcionais.

Somente poderia ser proposta a desconsideração de imputabilidade à menores de dezoito e maiores de dezesseis anos que tivessem praticado crimes de maior gravidade, como tortura, tráfico de drogas, terrorismo, aqueles capitulados na Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos como homicídio qualificado, extorsão mediante seqüestro, estupro, etc.) além de múltiplare incidência em lesão corporal grave e roubo qualificado. A estes últimos decidimos incluir pela gravidade da lesão e também pela enorme quantidade de roubos que são praticados por menores nas ruas de todas as grandes e médias cidades brasileiras, acobertadas por maiores, às vezes pelos próprios familiares, que se valem da menoridade para garantir a sua própria impunidade.

IV- análise das condições psicológicas, sociais e dos precedentes do menor infrator – busca garantir a excepcionalidade dos casos, devendo a lei definir as formas de avaliação, as espécies de laudos, as qualificações dos peritos, etc.

V- Cumprimento em estabelecimento em separado – é notória a falência de nosso sistema prisional e sua incapacidade de recuperação. Colocar estes menores infratores, mesmo que de comprovada periculosidade, em contato direto com criminosos mais velhos, seria simplesmente piorar o problema, como por exemplo, fornecendo novos soldados para as facções criminosas que dominam o sistema penitenciário de boa parte do país. (grifo não presente no original).

Nesse particular, o proponente adota grande parte do substitutivo apresentado, mas a partir de uma lógica inversa. Em vez de reduzir a maioria para 16 (dezesseis) anos e impor condicionantes para a imputabilidade do menor de 16 (dezesseis) a 18 (dezoito) anos, mantém a regra geral dos 18 (dezoito) anos e se aguarda a edição de uma norma complementar que autorize a desconsideração da menoridade entre 18 (dezoito) e 16 (dezesseis) anos.

Nesse sentido, a presente proposta surge de uma perspectiva diferente ao entender que a discussão ainda não está madura e que a sociedade brasileira ainda não está preparada para uma tomada definitiva de posição, que pode ter consequências desastrosas. Tratar genericamente todos os maiores de 16 (dezesseis) anos de uma forma absolutamente igual, por exemplo, não parece razoável.

Da mesma forma, a proposta dá a possibilidade de se aferir o nível de consciência acerca da ilicitude de seus atos de um adolescente infrator de dezesseis

anos, levando-se em conta seus antecedentes pessoais, seu histórico familiar, as condições socioeconômicas e culturais que lhe foram impostas, as oportunidades para sua recuperação, enfim; as características extraordinárias que justificariam a desconsideração de sua inimputabilidade.

Nessa proposta o Ministério Público poderá, por exemplo, no caso de um menor de 16 (dezesseis) anos que um dia praticou um homicídio doloso, analisar o histórico pessoal desse adolescente para verificar se houve diversas e reiteradas práticas de crimes violentos praticados por ele, diversas oportunidades e tentativas de recuperação por meio da aplicação das medidas socioeducativas previstas na lei e implementadas pelo juízo competente, e julgar para que aquele específico menor, pela prática daquele exato crime, não mereça mais a proteção legal do ECA. Tudo isso a ser apurado em procedimento em que lhe seja assegurada a ampla defesa técnica por advogado e todas as oportunidades do contraditório. Segundo a proposta:

[...] o promotor proporia então o incidente de desconsideração, em um novo procedimento, em que o juiz da Vara da Infância e da Adolescência competente, somente após dilação probatória, envolvendo a ouvida de testemunhas, entidades e técnicos especialistas, decidiria ou não, pela desconsideração.

Note-se que por força do proposto inciso IV, a prescrição estaria suspensa até o trânsito em julgado da ação, o que garantiria no caso de concedida a desconsideração, mesmo que depois de alcançada a maioridade, da possibilidade de julgamento pelo tribunal do Júri.

A PEC 21/2013¹⁷¹, que tem como proponente o senador Álvaro Dias (PSDB-PR), objetiva alterar a norma do artigo 228 da CF, rebaixando a maioridade penal para os menores de quinze anos, passando o texto a ter a seguinte redação: “São penalmente inimputáveis os menores de quinze anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

Seu argumento se situa na crença de que o critério etário da inimputabilidade aos dezoito anos não tem sido comprovado pela ciência psiquiátrica. Ao contrário, a evolução da sociedade moderna tem possibilitado a esses jovens a compreensão cada vez mais precoce dos fatos da vida.

Assim, buscamos trazer a história da redução da menoridade penal, que não é tão distante de normas anteriores do nosso país. O primeiro Código

¹⁷¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Emenda à Constituição nº 21/2013**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112420>> Acesso em: 04 dez. 2017.

Penal brasileiro de 1830 fixou a idade de imputabilidade plena em quatorze anos, prevendo um sistema biopsicológico para a punição de crianças entre sete e quatorze anos. O Código Republicano de 1890 estabelecia que era irresponsável penalmente o menor com idade até nove anos, devendo o maior de nove anos e menor de quatorze anos submeter-se à avaliação do Magistrado.

Segundo o autor, não se verificou no direito comparado a universalidade sobre a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, “o que corrobora o não entendimento desse direito como fundamental”. Em outros países, os indivíduos podem ser julgados por crimes mais graves a partir das seguintes idades em diversos países: México, 6 (seis) anos; África do Sul, 7 (sete); Escócia, 8 (oito); Inglaterra, 10 (dez); França, 13 (treze); Itália, Japão e Alemanha, 14 (quatorze); e Argentina, 16 (dezesesseis). Podemos ainda tomar como parâmetro a Dinamarca, a Noruega, o Egito, a Suécia e a Finlândia, onde a maioria penal é fixada aos 15 anos; nesses países, adolescentes entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos estão sujeitos a um sistema judicial voltado para os serviços sociais, tendo a prisão como último recurso.

Para o Senador não há que se falar, também, que o art. 228 da Constituição Federal seja cláusula pétrea, com fulcro no art. 60, § 4º, IV, dessa Constituição, haja vista que a inimputabilidade não apresenta características de universalidade e indivisibilidade, essenciais aos direitos individuais.

Além disso, ele utiliza como justificativa a opinião pública e da grande mídia que vê a delinquência juvenil como um dos principais problemas sociais com que se defronta o cidadão brasileiro.

Ademais, tal proposta vem se juntar às atuais normas brasileiras que permitem que o jovem de 16 (dezesesseis) anos possa votar e que o de 14 (quatorze) anos possa trabalhar, ainda que na condição de aprendiz. Todos esses fatos reforçam, segundo o autor, “a audácia do jovem, que, nos dias de hoje, possui mais conhecimento e acesso aos meios de comunicação e informação do que o jovem de 1940”.

A PEC 32/2015¹⁷², de autoria do Senador Gonzaga Patriota (PSB-PE), propõe a alteração da redação dos artigos 14 e 228 da Constituição Federal, a fim de estabelecer a plena maioridade civil e penal aos dezesesseis anos de idade, dando

¹⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda à Constituição nº 32/2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1228863>> Acesso em: 04 dez. 2017.

nova redação ao artigo 14 e 228 da CF/88. Ao artigo 14 será modificado seu inciso I, do § 1º e às alíneas de “a” a “d” do inciso VI, do § 3º; e revoga a alínea “c”, do inciso II, do § 1º, que passa a ter a seguinte redação:

Art. 14.....
 § 1º
 I – obrigatórios para os maiores de dezesseis anos.”
 § 3º
 VI -
 a) trinta anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senado;
 b) vinte e cinco anos para Governador e ViceGovernador de Estado e do Distrito Federal;
 c) dezoito anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
 d) dezesseis anos para Vereador.” Fica revogada a alínea “c”, do inciso II, do § 1º, do art. 14 da Constituição Federal.

Enquanto que a redação do artigo 228 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 228. A maioridade é atingida aos dezesseis anos, idade a partir da qual a pessoa é considerada penalmente imputável e capaz de exercer plenamente todos os atos da vida civil.

Sua justificativa repousa em enquetes e pesquisas realizadas pelo Instituto DataSenado entre os anos de 2007 e 2015: mais de 80% dos entrevistados são a favor da redução da maioridade penal; mais de 30% acreditam que 16 (dezesseis) anos é a idade mínima para que um indivíduo seja considerado penalmente imputável, isto é, que possa ser julgado pela prática de crime, seja como autor ou partícipe; mais de 15% querem reduzir a maioridade penal para 14 (quatorze) anos de idade, e 16% defendem 12 (doze) anos. Ou seja, opinião pública é a grande justificativa.

Além disso, o Senador considera que os adolescentes e jovens dos dias de hoje já possuem a noção das coisas e da realidade, e que lei é muito defasada; por esse motivo, as regras no Brasil precisam acompanhar a realidade dos fatos e se atualizar com eficiência, já que o Código Civil já reduziu a maioridade civil de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos, igualando-a com a idade de imputabilidade penal. Já está passando da hora de dar mais um passo, entende o parlamentar.

Sua PEC pretende propor a plena maioridade penal e civil aos cidadãos com 16 (dezesseis) anos de idade, conferindo-lhes direitos ao permitir que pratiquem pessoalmente todos os atos de sua vida civil, como contrair casamento, celebrar contratos, postularem juízo, realizar viagens internacionais, obter Carteira Nacional

de Habilitação, dentre outros. É inegável que o cidadão nessa idade está plenamente preparado e amadurecido para a maioridade civil e penal e, portanto, para conquistar a vida adulta, com seus direitos e responsabilidades. É evidente que todos devem ter a consciência de se submeter às obrigações previstas nas leis, suportando as sanções decorrentes de sua transgressão.

A presente proposição sugere:

- 1) Alterar a redação do inciso I, do § 1º, do art. 14 da Constituição Federal, tornando o voto obrigatório a partir dos 16 anos de idade;
- 2) Revogar a alínea “c” do inciso II do § 1º do mesmo artigo¹⁴, que estabelecia voto facultativo para os cidadãos na faixa etária entre 16 e 18 anos, por questão de coerência;
- 3) Alterar a redação das alíneas do inciso VI, do § 3º do mesmo artigo 14, para permitir a eleição para candidato sem idade menor da prevista atualmente;
- 4) Além disso, autoriza a Justiça Eleitoral a receber candidaturas de cidadãos e cidadãs com idade mínima diferente daquela estabelecida no inciso VI, do § 3º do art.14 em questão, uma vez constatada sua capacidade e maturidade para exercer tais cargos.

Ainda acrescenta que:

[...] a idade cronológica, considerada em si mesma, não pode mais ser um parâmetro rigoroso e único para os atos da vida civil, penal e a plena aplicabilidade das sanções previstas. Uma vez constatada pelas autoridades constituídas a capacidade dos indivíduos para concursos públicos, cargos eletivos, carteira de motorista, casamento etc., não há porque negar-lhes esses direitos.

Em 2017, a redução da maioridade penal voltou à pauta de discussão. A mobilização de Senadoras e Senadores fez com que a votação da PEC 33/2012 fosse adiada para 2018.

É importante observar, como são lançados no quadro acima, quais os partidos políticos que mais estão envolvidos com essas propostas. Visto que, notadamente, a maioria dos parlamentares que propõem essas alterações constitucionais estão filiados a partidos com ideologias conservadoras e de extrema direita.

Consoante os ensinamentos de Marcelo Neves aduzidos neste trabalho sobre legislação simbólica, é possível enquadrar a famigerada PEC como exemplo de legislação simbólica. Isso porque, como se verifica, todas essas propostas são posicionamentos tomados pelo legislador frente aos conflitos sociais; em específico, ao conflito social da prática de atos infracionais cometidos por adolescentes, tornando-se uma maneira de confirmar valores sociais anteriormente impostos no que se refere às condutas desviantes.

A sociedade de maneira geral reclama segurança e aponta os adolescentes como sendo os maiores culpados pela violência. O legislador se sente então pressionado e acaba por propor esse tipo de legislação.

De igual modo, a ideia de legislação-álibi também se coaduna, uma vez que é um exemplo de legislação simbólica que geralmente se apresenta em período eleitoral. Esse tipo de legislação é muito usual do ponto de vista estratégico do legislador ao querer dar uma resposta à sociedade, ao seu eleitorado. Geralmente esse tipo de legislação é apresentada logo após um crime de grande repercussão social. No caso em tela, verifica-se que as propostas aduzidas nesse trabalho surgiram logo depois que um crime que contou com a participação de um adolescente gerou comoção social.

Forja-se então uma legislação penal mais severa para acalmar e satisfazer a população. Essa nova norma na maioria das vezes não tem qualquer observância do ponto de vista da sua efetividade diante da redução da criminalidade.

A legislação como fórmula de adiar a solução dos conflitos sociais através de compromissos dilatórios também pode ser encontrada no teor dessas proposituras, vez que esse tipo de legislação se furta de resolver o conflito no seu núcleo. O problema da delinquência juvenil não se resolverá com a redução da idade penal, porque a inimputabilidade aos dezoito anos não é causa da criminalidade.

Nesse sentido, a causa como se debate há muito tempo é a ausência e ineficácia de diversas diretrizes constitucionalmente impostas, como o direito à educação, direito à saúde, enfim, um conjunto de direitos que são negados a uma grande parcela da população brasileira.

Marcelo Silveira¹⁷³ assevera em seu trabalho que muitas propostas de emendas surgiram logo após a ocorrência de um crime que gerou clamor social ao contar com a participação de um adolescente. Casos como o do menino João Hélio, que foi arrastado por sete quilômetros após um assalto no Rio de Janeiro; dos jovens Liana Friedenbach e Felipe Caffé, que foram torturados e mortos, além do estupro da primeira vítima por ambos os criminosos, em Embu, SP; e os casos do jovem Victor Hugo Deepman, que foi assassinado com um disparo na cabeça, e da

¹⁷³ CAMPOS, Marcelo S. Mídia e Política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioria penal na Câmara dos Deputados. **OPINIÃO PÚBLICA**, Campinas, vol. 15, nº 2, Novembro, 2009, p.478-509. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200008> Acesso em: 09 de fev. 2018.

dentista Cinthya Magali Coutinho, que foi morta queimada após sofrer um assalto em seu consultório. Todos esses casos sob a forma de tragédia, envolvendo menores de 18 (dezoito) anos, alimentam o debate e o mito de que a punição dos envolvidos como se adultos fossem, traria melhores soluções.

No que tange às justificativas favoráveis à redução, no bojo do debate acerca da responsabilização do adolescente autor de ato infracional apontam a delinquência juvenil como o maior problema a ser enfrentado no Brasil na atualidade. Que esses adolescentes são os maiores autores de violência e que através dos mandamentos do Estatuto eles ficariam impunes. Para Ana Paula Motta Costa, a “ideia de impunidade está associada à interpretação, dominante junto ao senso comum, de que a Lei destinada aos adolescentes, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, não cumpre a sua função suficiente de punição”¹⁷⁴.

Pressupor que o rebaixamento da idade penal teria a eficácia de reduzir os índices de criminalidade na adolescência considerando apenas a opinião pública e as forças reacionárias é equivocado. Conforme Frasseto:¹⁷⁵

Considerar a opinião pública (rectius: publicada) como norte para a produção de leis criminais não é “fazer democracia”, ao que passamos de uma democracia representativa para uma democracia de opinião em que ninguém sabe dizer ao certo qual será o ponto de equilíbrio.

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira¹⁷⁶, as constituições democráticas, na medida em que estabelecem direitos, funcionam como mecanismos de proteção contra inconsistências temporais e acabam por defender as sociedades de suas próprias miopias, salvaguardando os direitos das paixões e irracionalidades das massas.

Todavia, há dados que evidenciam que o ECA quando devidamente aplicado apresenta bons resultados, como também há levantamentos que demonstram que os jovens negros e das periferias brasileiras são as principais vítimas da violência. O genocídio da juventude negra tem alcançado números alarmantes.

O movimento da grande mídia em criminalizar e culpabilizar as comunidades periféricas tem se intensificado cada vez mais. Um dos pontos que se pretende

¹⁷⁴ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

¹⁷⁵ FRASSETO, Flávio A.; VAY, Giancarlo S. Encruzilhadas entre o panpunitivismo e a redução da maioridade penal. **Boletim IBCCRIM**, Ano 23, nº 271, v. 1, p. 5, 2015.

¹⁷⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**. 1997, n.42, p.53-97. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf> > Acesso em: 22 de jan. de 2018.

esclarecer nesse trabalho é justamente o fato de que os discursos vazios e reacionários não podem subverter a lógica da própria Constituição, uma vez que não se pode mensurar quais efeitos isso terá, posteriormente, caso a redução da idade penal venha a se concretizar. Para Barroso¹⁷⁷:

A sintonia com a opinião pública envolve diversas nuances. Por vezes, grupos de pressão bem situados são capazes de induzir ou falsear a real vontade popular. Em razão disso, a opinião pública manipulada ou não, sofre variações, por vezes abruptas, em curto espaço de tempo. Será preciso, assim, distinguir, com as dificuldades previsíveis, entre clamor público, paixões do momento e opinião sedimentada.

Os termos inimizabilidade e impunidade não podem ser entendidos e confundidos como se sinônimos fossem.

Uma vez que conforme levantamento realizado pelo UNICEF¹⁷⁸, que procurou entender a situação da adolescência no Brasil, é muito difícil ser adolescente no Brasil, e as vulnerabilidades sociais existentes no país afetam de maneira mais grave os adolescentes, sendo eles os que mais sofrem violações aos seus direitos.

Ainda segundo o mesmo levantamento do Unicef, 11% de toda a população brasileira é formada por adolescentes, o que significa dizer que há no Brasil 21 milhões de meninos e meninas com idade entre os 12 (doze) e os 17 (dezesete) anos. Todavia, muito embora tenhamos tantos adolescentes, o que poderia ser positivo para o crescimento do país, o relatório revelou que entre esses meninos e meninas há um ciclo de pobreza, baixa escolaridade, privação de convivência familiar e comunitária, além da exploração sexual e do alto envolvimento com o tráfico de drogas, o que tem contribuído para as altas taxas de mortalidade desse grupo.

Portanto, considerar tais vulnerabilidades, sejam elas decorrentes da fase biológica da vida, da condição social ou da condição de institucionalização, é necessário para reconhecer o adolescente como ser humano em sua integralidade, além de compreender que a fase da adolescência é uma fase de turbulência e de crise por essência, e que com a situação de acautelamento numa unidade de

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407-408.

¹⁷⁸ UNICEF. **O direito de ser adolescente**: Oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades / Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, DF: UNICEF, 2011. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/br_sabrep11.pdf> Acesso em: 20 nov. 2016.

cumprimento de medida socioeducativa seus dilemas, enquanto adolescente, se acentuam com a estigmatização e institucionalização.

Nesse sentido, um estudo realizado em parceria pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), o Atlas da Violência de 2017¹⁷⁹, aponta que o Brasil atingiu a marca de 59.080 mil homicídios em 2015.

A pesquisa revelou ainda que quando se trata do sexo e da faixa etária, 47,8% das vítimas de homicídios são homens que estão entre os 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos. Essa porcentagem salta para 53,8% quando se considera apenas homens dos 15 (quinze) aos 19 (dezenove) anos. E dentre esses jovens, os negros e com baixa escolaridade são as principais vítimas.

No Mapa da Violência 2015¹⁸⁰ consta que em 2013 entre os jovens de 16 (dezesseis) anos foram registradas 3.561 mortes. Desse total, que inclui todos os tipos de causa *mortis*, 1.534 jovens foram vítimas de homicídio, equivalendo a um total de 43,1%. Entre os jovens de 17 (dezesete) anos, as taxas não são muito diferentes nesse mesmo ano em que morreram 4.592 jovens, sendo 2.215 vítimas de homicídio, correspondendo a 48,2% do total.

O progressivo aumento das taxas de homicídios contra a juventude no total dos homicídios do país sofreu uma enorme aceleração, colocando o Brasil no rol dos países que mais mata a sua juventude. Em 2012, segundo o Mapa, as taxas de homicídios contra os jovens entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos mais que triplicaram comparadas às do resto da população. Esses jovens representam 26,9% do total dos 194 milhões de habitantes no país e foram alvo de 53,4% dos homicídios.

Essa cruel realidade apontada pelos dados acima apresentados permite perceber que “as práticas e os discursos pós-Estatuto da Criança e do Adolescente mantêm a adolescência pobre como foco de desvios de condutas, como o problema social sobre o qual pretendem intervir”¹⁸¹ quando na verdade são eles, os jovens

¹⁷⁹ IPEA. **Atlas da Violência no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA e FBSP, 2017. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017>> Acesso em: 29 de jan. 2018.

¹⁸⁰ WASELFSZ. Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**. Adolescentes de 16 a 17 anos no Brasil. Brasília: Instituto Sangari; Ministério da Justiça, 2015, p. 72. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf> Acesso em 15 de maio de 2017.

¹⁸¹ PAULA, Liana de. Da 'questão do menor' à garantia de direitos: Discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. **Civitas -Revista de Ciências Sociais**, v. 15, p. 27-43, 2015, p. 41

brasileiros, que mais morrem do que matam. No ano de 2014, dentro da faixa etária dos 15 (quinze) aos 29 (vinte e nove) anos, 61 jovens foram vítimas de homicídios para cada 100 mil jovens.

No Mapa da Violência de 2016¹⁸² verificou-se que em 2014 o crescimento da letalidade de jovens no Brasil aumentou 699,5%, com cerca de 25.255 jovens entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos com pico nos 20 (vinte) anos de idade, quando os homicídios por arma de fogo atingem a impressionante marca de 67,4 mortes por 100 mil jovens. Mas o índice de violência começa aos 13 (treze) anos de idade, quando é quadruplicada a incidência da letalidade e o crescimento se mantém, de forma contínua, até os 20 (vinte) anos de idade.

Quanto à participação de adolescentes entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos no cometimento de delitos, de acordo com a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp)¹⁸³, estima-se que está em torno de 0,9% do total dos crimes praticados em todo o país. Se fizermos um recorte desses crimes e considerarmos apenas os crimes de homicídios e tentativas de homicídio, o percentual cai para 0,5%.

Considerando esses percentuais, tem-se que o número de adolescentes praticando crimes é menor do que o número de adultos. Além disso, os jovens pouco praticam crimes gravíssimos, sendo o envolvimento mais freqüente em crimes como tráfico de drogas e roubo.

Cumpram ainda lembrar que parte da mídia tem exercido importante papel na difusão do medo, uma vez que tem utilizado o adolescente em conflito com a lei como “bode expiatório”, responsabilizando-o quase que exclusivamente pelo crescente aumento da criminalidade em todo o país.

Na perspectiva da Teoria do Bode Expiatório de Winfried Hassemer, o elemento de reprovação “decorrente da culpabilidade faz com que a sociedade

¹⁸² WASELFSZ. Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**. Brasília: Instituto Sangari; Ministério da Justiça, 2015, p. 72. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf> Acesso em 18 de mai. de 2017.

¹⁸³ A SENASP é um órgão ligado ao Ministério da Justiça a quem compete primeiramente, assessorar o Ministro de Estado na definição, implementação e acompanhamento da Política Nacional de Segurança Pública e dos Programas Federais de Prevenção Social e Controle da Violência e Criminalidade; dentre outras competências.

afetada pelo mal o projete sobre a pessoa individual, que deve ser afastada ou expulsa”.¹⁸⁴

Essa teoria que tem fundamento na prática da religião judaica antiga atribuía a um dos bodes do rebanho todos os pecados do povo, sendo depois abandonado no deserto. A utilização no sentido figurado dessa prática fala sobre a atribuição da culpa depositada a um determinado indivíduo, demonizando-o. Nas lições de Sposato¹⁸⁵, a imputação de criminalidade ao outro desviante é um método de exclusão onde o crime ou a rotulação de delinquência é a moeda forte para a sua demonização.

Nas lições de Zaffaroni¹⁸⁶, o tratamento dado pelo direito ao inimigo é a negação da sua condição de pessoa, considerando-o como uma não pessoa, perigosa e daninha à sociedade. Segundo o autor, quando se trata um ser humano como algo meramente perigoso, que necessita pura e simplesmente ser contido, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa.

Atualmente tem-se demonizado os adolescentes como os principais responsáveis pela violência no Brasil, tornando-os o grande inimigo da sociedade brasileira. Esse processo de demonização em que o adolescente tem passado foi conceituado por Oscar Vilhena Vieira como um “processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito”.¹⁸⁷

Todavia, o não merecimento ao Direito se refere ao direito a ter direitos, pois quando se trata de punição a esse grupo de “inimigos”, os adolescentes autores de ato infracional deveriam sofrer a responsabilização por meio do direito penal e não de uma justiça especializada.

Como se sabe, o direito penal possui um conjunto de instrumentos de controle social que alcançam sempre os mais fracos. Destacam-se, segundo o professor Sérgio Adorno, “preferencialmente crianças e adolescentes, negros ou pardos,

¹⁸⁴ SPOSATO, K. B. **Direito penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. 1. ed. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 204 e 205.

¹⁸⁵ SPOSATO, K. B. **Direito penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. 1. ed. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 108.

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

¹⁸⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**. vol. 4. nº 6. São Paulo, 2007, p. 8. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100003> Acesso em: 30 de abril de 2017.

procedentes dos estratos sócio-econômicos mais desfavorecidos da sociedade, imagens que reforçam associações entre pobreza e crime”.¹⁸⁸

Não por acaso, uma das linhas do movimento da lei e ordem¹⁸⁹ é justamente a criminalização dos pequenos infratores, como prostitutas, ébrios, usuários de drogas, grafiteiros, entre outros indivíduos socialmente indesejados, entre os quais o menor de idade também tem sido considerado.

De acordo com Vera Malaguti Batista¹⁹⁰,

O controle social da juventude, esta energia viva para as utopias futuras, é construído na articulação de um discurso sociomédico-jurídico, entre a falta e a demonização; entre a “carência” e a “delinquência”. O menino pobre aparece como representação “daquele que naturalmente cairá no crime, se não for contido pela polícia ou pelo voluntariado, ou pelos dois, na simbiose da prevenção/repressão. Dançar, para não dançar. Para a atualização da incorporação periférica ao capitalismo, é necessário processo muito mais letal de criminalização e aniquilamento. O que deve ser neutralizado é, justamente, a potência transformadora da juventude popular.

Desse modo, todo o processo de marginalização, “demonização” e exclusão desses jovens reforça preconceitos e alimenta um ciclo de violações de seus direitos de cidadania.

Para Theophilos Rifiotis¹⁹¹, quando se trata de uma justiça penal, os sujeitos de direitos tornam-se testemunhas do seu próprio caso, onde a garantia dos seus direitos se dá através da garantia do “bem social”. Se eles não perturbam e aderem às exigências de comportamento socialmente impostas, mantendo a ordem, seus direitos serão garantidos; caso isso não ocorra e esses sujeitos “desviem o caminho”, outras medidas serão tomadas.

As experiências históricas no Brasil têm mostrado que há um hiato não desprezível entre a determinação jurídica e sua aplicabilidade. Não é preciso detalhar os problemas concretos da efetividade do acesso à justiça e da garantia de direitos criados. Sabemos que as práticas dos operadores jurídicos e a resignificação ou apropriação que fazem do jurídico os próprios envolvidos nem sempre coincidem com o “espírito da lei”. A tarefa de aprofundar a nossa consciência sobre as vantagens e limites da opção penal impõe-se com a maior urgência. Considerando que os dispositivos legais criam referências de legitimidade, mas também uma métrica de

¹⁸⁸ ADORNO, Sérgio. **Crianças e adolescentes e a violência urbana**. Material didático. São Paulo, p. 3. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down076.pdf>>. Acesso em 11 de nov. de 2017.

¹⁸⁹ Política criminal seletiva de origem norte-americana que tem por finalidade o controle da criminalidade através da divisão social entre os “homens de bem” e os “homens do mal”, os ditos inimigos da sociedade.

¹⁹⁰ BATISTA, Vera Malaguti. “Adeus às ilusões ‘re’”. In: **Pivetes: encontro entre a Psicologia e o judiciário**. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁹¹ RIFIOTIS, Theophilos. Direitos Humanos: sujeito de direitos e direitos do sujeito. In: RIFIOTIS, Theophilos; VIEIRA, Danielli (Orgs.). **Um olhar antropológico sobre violência e justiça: etnografias, ensaios e estudos de narrativas**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012, p. 19.

direitos e deveres, eles não podem ser uma espécie de consequência natural do enfrentamento de desigualdades sociais.¹⁹²

Zaffaroni¹⁹³ entende que essa nova onda de autoritarismo em nada tem a ver com as suas velhas formas ou com resquícios do entre guerras, mas advêm de um aparato publicitário que tem se firmado e se propagado de maneira puramente emocional, difundindo o superficial, o que está na moda, o que é *cool*¹⁹⁴ “porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário.”

Nesse sentido, propor rebaixamento da idade penal é, sem sombra de dúvidas, uma ilusória solução para a problemática da segurança pública, visto que não vai de encontro com a real face da moeda, ou seja, com o núcleo do problema; e sim com os sujeitos subjacentes e mais vulneráveis, uma vez que desconsidera a complexidade do problema, privilegiando uma análise simplificadora, emocional e contingente dos problemas sociais.

4.3 O CARÁTER PUNITIVISTA DAS PEC’S FRENTEAO MODELO GARANTISTA CONSTITUCIONAL

A partir desse momento são problematizados os argumentos que revestem as Propostas de Emenda à Constituição aduzidas nesse trabalho. Conforme se verifica no estudo de caso das propostas realizado acima, as PEC’s da redução não demonstram nenhum compromisso com a paz, muito menos com os direitos dos adolescentes autores de ato infracional face ao modelo constitucional adotado, esse modelo garantista de direitos no qual se pretende ampliar as liberdades individuais e restringir ao mínimo possível a supremacia do poder punitivo do Estado. O que se nota de maneira geral é uma predominância do argumento de que é preciso punir mais severamente e mais cedo o adolescente autor de ato infracional.

¹⁹² RIFIOTIS, Theophilos. *Direitos Humanos: sujeito de direitos e direitos do sujeito*. In: RIFIOTIS, Theophilos; VIEIRA, Danielli (Orgs.). **Um olhar antropológico sobre violência e justiça: etnografias, ensaios e estudos de narrativas**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012, p. 19 e 20.

¹⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 69.

¹⁹⁴ *Cool* é um adjetivo na língua inglesa e que significa “legal”, na tradução literal para o português.

Em seu último trabalho, Riccardo Cappi¹⁹⁵ teve também como objeto de análise as propostas legislativas de Redução da Idade Penal. O professor procurou justificar as tendências a uma maior repressão por parte do Estado ao imputável, analisando o discurso dos parlamentares autores das propostas. Para fazer essa análise, utilizou o conceito de Racionalidade Penal Moderna¹⁹⁶.

Em sua obra, o autor notou que geralmente os discursos favoráveis à redução carregam mais argumentos nos discursos dos parlamentares, e a partir dessa constatação ele formulou sinteticamente cinco pontos importantes dessas propostas¹⁹⁷.

O primeiro ponto notado pelo autor é que as propostas estão atreladas à ideia de redução da criminalidade ou garantia de segurança através do Estado, relacionando o aumento da violência urbana ao adolescente. E que por essa razão o Estado deve fazer alguma coisa para contê-los e, assim, reduzir a insegurança¹⁹⁸.

O segundo ponto diz que o envolvimento de jovens com o crime contribui significativamente para a insegurança e separa “esses adolescentes delinquentes” dos “nossos filhos e nossas filhas”, cada um do seu lado.¹⁹⁹

O terceiro ponto mais encontrado como justificativa da PEC’s mais uma vez é a polêmica questão do discernimento; de que os jovens têm consciência de seus próprios atos, destacando inclusive que a capacidade de discernimento dos jovens mudou com os tempos, em função das transformações ocorridas na sociedade e na tecnologia, por exemplo²⁰⁰.

Para justificar esse argumento, os parlamentares se ancoram em outros ramos do direito onde o adolescente aos dezesesseis anos já possui capacidade de

¹⁹⁵ CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017.

¹⁹⁶ O conceito de Racionalidade Penal Moderna, em apertada síntese, está ligado a um modo de pensar e aplicar a justiça criminal que vem sendo construído a partir da metade do século XVIII, com o escopo de naturalizar, e assim justificar essa estrutura normativa que ainda vige, e que tem como maior modelo de repressão ao delito a detenção. (PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna**, o público e os direitos humanos. São Paulo, Novos Estudos Cebrap, n. 68, mar. 2004, p. 39 *apud* CAPPI, 2017, p.195).

¹⁹⁷ Vale lembrar que a análise feita pelo professor continha 37 propostas de emenda das 52 aduzidas nesse trabalho.

¹⁹⁸ CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017, p.102.

¹⁹⁹ CAPPI, Ricardo, 2017, p. 105.

²⁰⁰ CAPPI, Ricardo, op.cit., p. 108.

discernimento, afirmada em determinados searas. É o caso do direito eleitoral e do direito civil.

O quarto ponto se refere a uma crença de que a aplicação do direito penal é eficaz para reduzir condutas criminais praticadas por jovens, e que o modelo de responsabilização adotado pelo ECA é menos punitivo. O que se percebe, segundo Cappi, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente não é praticamente examinado nas propostas e é considerado tão somente como lei que consagra a impunidade.²⁰¹

O quinto e último ponto destacado pelo professor é de que os parlamentares em suas justificativas se utilizam do argumento de que o Brasil deve seguir o exemplo de outros países que punem mais cedo seus adolescentes. Para issocitam uma infinidade de paísesde modo a causar mais impacto, que em sua maioria são países ocidentais ou ainda países europeus ou norte-americanos, que, como se sabe, estão inseridos numa outra lógica política, cultural, educacional e econômica.

Sendo assim, pode-se constatar que o levantamento feito neste trabalho nada difere, no que se refere aos argumentos, do que se aferiu o professor Ricardo Cappi.

Contudo, a reflexão sobre a inconstitucionalidade e o teor punitivista e recrudescedor frente a todos os argumentos e aportes teóricos contra esse retrocesso é apresentada com a finalidade de que os argumentos contra a diminuição da idade de responsabilidade penal trazidos aqui sejam capazes de contribuir para o debate e para o direito do adolescente de ser penalmente inimputável até os dezoito anos incompletos.

Maria Auxilidora Minahim²⁰² defende que o direito penal vive uma séria crise em torno dos seus instrumentos e da sua eficácia no combate à criminalidade. E em meio ao desconforto e sensação de insegurança, a sociedade não hesita em retornar a velhas soluções, mesmo revestidas ilusoriamente de novas.

Essa sensação de insegurança da sociedade tem sido nutrida por meio da espetacularização da violência. Esse fenômeno que utiliza a violência como produto de consumo tem sido difundido através da grande mídia. No Brasil, muitos são os programas sensacionalistas que encontram na miséria humana sua fonte de ibope com debates nada científicos ou imparciais, que distorcem os fatos e aquecem o desejo de vingança da sociedade.

²⁰¹ CAPPI, Ricardo, op.cit.,p. 110.

²⁰² MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção**: a inimputabilidade do menor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 80.

5 CONCLUSÃO

Com base na pesquisa ora desenvolvida, tem-se inicialmente que a Constituição de 1988 inaugurou, no âmbito constitucional, a consagração da Doutrina da Proteção Integral, ou seja, o começo de um tratamento peculiar concedido à criança e ao adolescente reconhecendo-os como sujeitos de direitos.

Como desdobramento dos argumentos que foram desenvolvidos nesse trabalho sobre o direito da criança e adolescente e o modelo de justiça juvenil adotado pelo Brasil, considera-se que a inimizabilidade penal etária prevista no artigo 228 da CF/88 é um direito fundamental de todo adolescente.

A partir das lições de Luigi Ferrajoli sobre o modelo garantista de direitos instituído na Constituição brasileira de 88, pode-se verificar que a inimizabilidade é uma garantia constitucional primária que tem funcionado simbolicamente à luz da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves.

As propostas de redução da maioridade penal no Brasil surgem em meio aos cíclicos debates acerca da responsabilização de adolescentes autores de ato infracional. Essas, por sua vez, diante do que foi exposto, não dialogam com os direitos humanos por pretenderem cessar direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Essas propostas de redução são manifestadamente inconstitucionais por ferirem cláusula pétrea. Pois sendo o Direito da Criança e do Adolescente um direito eminentemente individual, que através da Doutrina Jurídica da Proteção Integral é direito fundamental dos adolescentes menores de dezoito anos, ele também é protegido pela intangibilidade dessa cláusula limitadora ao poder de reforma para que não haja retrocesso aos direitos conquistados ao longo dos anos.

As justificativas encontradas para tais proposituras se concentram em punir mais severamente o adolescente infrator, dando-lhe o tratamento dispensado aos adultos e desprezando suas peculiaridades biológicas, características de pessoas em desenvolvimento, quando as medidas socioeducativas já detêm o caráter sancionatório-punitivista especializado para esses indivíduos.

Além disso, os dados e informações apresentados neste trabalho deram conta de desmistificar o mito de que o adolescente é o grande vilão da sociedade brasileira, tendo em vista que eles são responsáveis por apenas 0,9% dos crimes cometidos no Brasil. Esses levantamentos também demonstraram que a maioria

desses adolescentes se envolveu em crimes patrimoniais e tráfico de drogas, contra uma minoria que tem cometido homicídios.

Comprovadamente, os jovens no Brasil mais morrem do que matam. Foi de acordo com o Mapa da Violência de 2015 e 2016, além dos dados trazidos pelo Atlas da Violência de 2017, que se chegou a essa conclusão.

Diariamente, nas periferias do país, crianças e adolescentes em situação de risco, em sua maioria pobres e negros, são assassinados barbaramente. O grau de vulnerabilidade em que muitas crianças, adolescentes e jovens da periferia estão inseridos é gritante. O abandono da família, do Estado e da sociedade de maneira geral fazem vítimas todos os dias.

Talvez o grande desafio a ser enfrentado pelo Brasil, no âmbito da justiça juvenil, se encontre na efetivação das políticas públicas de educação, saúde e lazer que possibilitem o pleno desenvolvimento de todas as crianças e adolescentes.

Entretanto, a posição favorável a essa alteração da norma do artigo 228 da CF/88 com vistas à redução da maioridade penal não é unânime. Existem também correntes contrárias ao rebaixamento porque acreditam que a legislação atual já possui um modelo satisfatório de responsabilização destinada ao adolescente, pois se compreende a fase da vida em que esses sujeitos estão inseridos como uma fase peculiar que merece atenção e respeito.

Por essa razão é importante indagar, qual o projeto de futuro que a sociedade brasileira deseja aos mais jovens? A partir de quais parâmetros? O imediatismo na resolução de conflitos é um instrumento a serviço de quem?

Como se observa em meio a tantas propostas de emenda à constituição sobre esse tema, muito pouco se pensou e se fez no sentido contrário; por exemplo, a criação de medidas públicas de prevenção ao crime, voltadas às crianças e adolescentes em situação de risco, ou mesmo na efetivação plena do que disciplina o ECA e a Lei do SINASE.

O que se quer dizer é que nenhum dos deputados e senadores autores das propostas mencionadas neste trabalho tiveram o mesmo empenho em pensar em políticas públicas de integração de jovens que passaram pelas unidades de medidas socioeducativas de todo o país, visto que propor o rebaixamento da idade penal é tratar do efeito e não da causa do problema.

A partir do levantamento feito neste trabalho com todas as propostas já apresentadas nas duas casas do Poder Legislativo, também se pode verificar o lugar

ideológico em que se encontram a maioria dos proponentes. Tratam-se de ideologias conservadoras e reacionárias.

O que ainda se pode verificar é que os parlamentares que são a favor da redução da maioridade penal têm uma visão distorcida do problema. Eles acreditam em métodos de disciplina por meio da imposição de coação. Não acreditam na disciplina pela educação, pela cidadania, pela garantia e efetivação de direitos.

Nesse sentido, a reforma constitucional que essa alteração implicaria contraria a Constituição, criando assim uma situação anômala, visto que, ao lançar genericamente na Constituição a descrição da norma, essa passa a funcionar simbolicamente, não se sustentando em si mesma.

Desse modo, para que o Direito Penal Juvenil e sua justiça especializada se solidifiquem, talvez seja necessário que ele conceitue e defina de maneira formal o que seria inimputabilidade e o que é a imputabilidade, para não dar margem a interpretações punitivistas e reacionárias do Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Crianças e adolescentes e a violência urbana**. Material didático. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down076.pdf>>. Acesso em 11 de nov. de 2017.

BARATTA, Alessandro. Infância e Democracia. In. **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001.

BARRETO, Daniela Lima. **O direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica na busca do reconhecimento por meio do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiros**. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. “Adeus às ilusões ‘re’”. In: **Pivetes: encontro entre a Psicologia e o judiciário**. 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

BELOFF, Mary. Os sistemas de responsabilidade penal juvenil na América Latina. IN: **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. I. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Lei 12.594. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo** (Sinase). 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda à Constituição nº 171/1993**. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>
Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 37/1995.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14286>>
>Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 91/1995.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14365>>
>Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 301/1996.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14683>>
Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 386/1996.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14747>>
Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 426/1996.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14763>>
>Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 531/1997.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14806>>
Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 68/1999.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14331>>
Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 133/1999.**

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14436>>
>Disponível em Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº**

150/1999. Disponível

em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14463>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 167/1999.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14487>>
Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 169/1999.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14491>>

Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 633/1999.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25010>>

Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 260/2000.**

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14623>

Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 321/2001.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26252>>

Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 377/2001.**

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29912>

Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 582/2002.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=99580>>

Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 64/2003.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=11661>

6> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 179/2003.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=13687>

0> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 242/2004.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15500>

5> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 272/2004.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25269>

2> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 302/2004.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260384>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 327/2004.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267907>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 345/2004.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=272129>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 489/2005.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=309257>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 48/2007.**

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=348776>
Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 73/2007.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=353719>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 85/2007.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354552>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 87/2007.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354956>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 125/2007.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=359942>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 399/2009.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=447034>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 57/2011.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512527>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 223/2012.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=560839>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 228/2012.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563020>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 273/2013.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579333>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 279/2013.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581329>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 332/2013.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597859>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 382/2014.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606419>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 438/2014.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=808895>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 25/2015.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1215809>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 32/2015.**

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1228863>> Acesso em: 04 dez. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Emenda à Constituição nº 18/1999.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/832>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 20/1999.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/837>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 03/2001.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/46732>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 26/2002.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50391>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 90/2003.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/64290>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 09/2004.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/66679>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 26/2007.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80396>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 74/2011.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101484>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 83/2011.**

Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101882>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 33/2012.**

Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330>> Acesso em: 04 dez. 2017.

_____. **Projeto de Emenda à Constituição nº 21/2013.**

Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112420>> Acesso em: 04 dez. 2017.

BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. IN: **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Vol. 1. Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001.

CAMPOS, Marcelo S. Mídia e Política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioria penal na Câmara dos Deputados. **OPINIÃO PÚBLICA**, Campinas, vol. 15, nº 2, novembro 2009, p.478-509. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200008> Acesso em: 09 de fev. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPI, Ricardo. **A maioria penal nos debates parlamentares**: motivos do controle e figuras do perigo. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Belo Horizonte, MG; Letramento: Casa do Direito, 2017.

CONTO, Mário de. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97.

ONU. **CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS DE 1989**. Nova York: Unicef, 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em 06 de dez. de 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e Prática. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 220.

COSTA, Ana Paula Motta. Adolescentes: o Estado se revela violador de direitos e a sociedade faz coro à superficialidade. **Boletim IBCCRIM**, Ano 23, n. 271, v. 1, p. 10 a 11, 2015.

_____. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Os adolescentes seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIETER, Mauricio S.; SOUZA, Luciano Anderson. Irracionalismo e redução da maioria penal. **Boletim IBCCRIM**, Ano 23, n. 271, v. 1, p. 11 a 13, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edição de Miguel Carbonell. Espanha: Editorial Trotta, 2008.

_____. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. Espanha: Editorial Trotta, 2001.

_____. **Direito e Razão** – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Epistemología jurídica y garantismo**. México: Distribuciones Fontamara, 2004.

_____. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. Trad. de Alí Lozada. **DOXA- Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 29, 2006, p. 15-31. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141145.pdf>> Acesso em: 01 de fev. De 2018.

_____. Prefácio. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Orgs.). **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Vol. 1. Tradução de: Eliete Ávila Wolff. – Blumenau: EDIFURB, 2001.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal juvenil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.322.

FREIRE-MAIA, Newton. **A ciência por dentro**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRASSETO, Flávio A.; VAY, Giancarlo S. Encruzilhadas entre o panpunitivismo e as redução da maioridade penal. In: **Boletim IBCCRIM**, Ano 23, n. 271, v. 1, p. 5 a 6, 2015.

GUASTINI, Riccardo. **Estudos de teoría constitucional**. México: Distribuciones Fontamara, 2001.

IPEA. **Atlas da Violência no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA e FBSP, 2017. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017>> Acesso em: 29 de jan. 2018.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Orgs.). **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Vol. 1. Tradução Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infancia, Ley Y Democracia: Una Cuestion De Justicia**. Disponível em: <http://www.iin.oea.org/infancia_ley_y_democracia.pdf>. Acesso em: 17 de fev. 2016.

MENEZES, Tobias Barreto de. **Menores e loucos**. Aracaju: Ed. do Governo do Estado, 1886.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal da emoção: a inimputabilidade do menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514>> Último acesso em 17 de jan. de 2018.

PAULA, Liana de. Da 'questão do menor' à garantia de direitos: Discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. **Civitas- Revista de Ciências Sociais**, v. 15, p. 27-43, 2015, p. 41

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Redução da inimputabilidade e racionalidade. In: **Boletim IBCCRIM**, Ano 23, nº 271, v. 1, p. 5 a 6, 2015.

PIOVESAN, F. A inconstitucionalidade da redução da maioria penal. In: BULHÕES, Antônio Nabor Areias et al. **A razão da idade**: mitos e verdades. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001, p.73-77.

RANGEL, Paulo. **A redução da menor idade penal**: avanço ou retrocesso social?: a cor do sistema penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ONU. **REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO, DA JUSTIÇA, DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE** - REGRAS DE BEIJING. Unicef, 1985. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm> Acesso em 20 de jan. de 2018.

ONU. **REGRAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PROTEÇÃO DE JOVENS PRIVADOS DE LIBERDADE**. Unicef, 1990. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm> Acesso em 20 de jan. de 2018.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo e CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIFIOTIS, Theophilos. Direitos Humanos: sujeito de direitos e direitos do sujeito. In: RIFIOTIS, Theophilos; VIEIRA, Danielli (Orgs.). **Um olhar antropológico sobre violência e justiça**: etnografias, ensaios e estudos de narrativas. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2009.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **A Constitucionalização dos Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.15, set./ out./ nov. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=319>> . Acesso em 26 de dez. de 2017.

SARAIVA, J.B.C. A idade e as razões: não ao rebaixamento da imputabilidade penal. **Revista Direito em Debate**, Injuí, v. 6, n. 9, 1997, p. 87. Disponível em <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/855>> Acesso em: 01 de set. de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1.ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

SPOSATO, K. B. Culpa e Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e os Limites ao Poder de Punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, v. 56, p. 33-59, 2005.

_____. De Pixote a Champinha: e ainda o Debate da Redução da Idade Penal. IN: WESTPHAL, Márcia Faria; BYDLOWSKI, Cynthia Rachid. **Violência e juventude**. São Paulo: editora HUCITEC, 2010.

_____. **Direito penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 264p. v. 1.

_____. Duas questões fundamentais sobre a responsabilização penal de adolescentes. **Boletim IBCCRIM**, Ano 23, n. 271, v. 1, p. 7 - 9, 2015.

_____. **O Direito penal juvenil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/RT, 2006.

_____. Pedagogia do Medo: adolescentes em conflito com a lei e as propostas de redução da idade penal. IN: **Cadernos Adenauer**, n.6, ano II – “As Caras da Juventude”. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SPOSATO, K. B.; MATOS, Émille L. O. A Pedagogia do Medo e algumas notas sobre as Propostas de rebaixamento da Idade penal no Brasil. Dilemas: **Revista de**

Estudos de Conflito e Controle Social – Edição Especial n.1, UFRJ-IFCS, Rio de Janeiro: 2015.

SPOSATO, K. B.; MATOS, Êmille L. O. Impedimentos constitucionais à redução da maioridade no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC** – ano 1, n.1, (jan./mar. 2013), Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. SILVA, N. S. G.; Inimputabilidade Penal Etária e Constituição. 2011. IN: **Anais do XX Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito** – CONPEDI/ Universidade Federal do Espírito Santo-UFES. Vitória/ES.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ONU. **A Convenção sobre os direitos das Crianças**. Unicef, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em 01 de set. de 2017.

UNICEF. **O direito de ser adolescente**: Oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades / Fundo das Nações Unidas para a Infância. Brasília, DF: UNICEF, 2011. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/br_sabrep11.pdf> Acesso em: 20 nov. 2016.

UNICEF. **Porque dizer não à redução da maioridade penal**. Brasília: UNICEF. 2007, p. 76. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/idade_penal/unicef_id_penal_nov2007_completo.pdf> Acesso em: 20 de jul. de 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária**: elementos aproximativos e/ou distanciadores? : o que diz a Lei do Sinase: a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. 1997, n.42, p.53-97. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n42/a03n42.pdf>> Acesso em: 22 de jan. de 2018.

_____. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur-Revista Internacional de Direitos Humanos**. vol. 4. n. 6. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100003> Acesso em: 30 de abril de 2017.

WASELFISZ. Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**. Adolescentes de 16 a 17 anos no Brasil. Brasília: Instituto Sangari; Ministério da Justiça, 2015, p. 72. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf> Acesso em 15 de maio de 2017.

WASELFISZ. Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**. Brasília: Instituto Sangari; Ministério da Justiça, 2015, p. 72. Disponível em: <

http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf> Acesso em 18 de mai. de 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.